



HAL
open science

Les normes non directement applicables en droit public français

Melanie Trienbach

► **To cite this version:**

Melanie Trienbach. Les normes non directement applicables en droit public français. Droit. Université de Strasbourg, 2012. Français. NNT : 2012STRAA018 . tel-00974821

HAL Id: tel-00974821

<https://theses.hal.science/tel-00974821v1>

Submitted on 7 Apr 2014

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



UNIVERSITÉ DE STRASBOURG

**ÉCOLE DOCTORALE DE DROIT, SCIENCES POLITIQUES ET
HISTOIRE**

Faculté de Droit, de Sciences politiques et de Gestion

THÈSE présentée par :

Mélanie TRIENBACH

soutenue le : **24 septembre 2012**

pour obtenir le grade de : **Docteur de l'Université de Strasbourg**

Discipline/ Spécialité : Droit public

**LES NORMES NON DIRECTEMENT
APPLICABLES EN DROIT PUBLIC
FRANÇAIS**

THÈSE dirigée par :

Monsieur **WACHSMANN Patrick** Professeur à l'Université de Strasbourg

RAPPORTEURS :

Madame BROUELLE Camille Professeur à l'Université de Paris Sud-XI.

Monsieur CHARLOT Patrick Professeur à l'Université de Bourgogne.

AUTRES MEMBRES DU JURY :

Monsieur ECKERT Gabriel Professeur à l'Université de Strasbourg.

Madame MAUGÜÉ Christine Conseiller d'État, Présidente de la 6^e sous-section

Remerciements

Mes profonds remerciements et ma reconnaissance vont en particulier à mon Directeur de thèse, Monsieur le Professeur Patrick WACHSMANN, pour sa confiance, son soutien constant et sa disponibilité pendant ces longues années de travail.

L'aboutissement de ce travail doit beaucoup au concours, à la présence, au soutien et surtout à l'amitié de tous ceux qui me sont chers. Qu'ils trouvent ici l'expression de ma vive reconnaissance.

*À la mémoire de Nicole,
À la mémoire de ma Grand-mère.*

LES NORMES NON DIRECTEMENT APPLICABLES EN DROIT PUBLIC FRANÇAIS

Résumé

Le cœur de la problématique réside dans le caractère extrêmement réducteur du raisonnement suivant : la norme est imprécise ou n'a pas pour objet de régir la situation, elle ne peut donc pas être appliquée à une espèce sur laquelle elle n'a, par elle-même, aucun effet juridique ; par conséquent, le justiciable ne saurait s'en prévaloir et elle est exclue du débat juridictionnel. L'analyse de la démarche d'identification de ce caractère conduit à vérifier si ce caractère a pour corollaire une spécificité du régime juridique : l'applicabilité correspond à une application directe aux autorités publiques et l'absence d'invocabilité traduit l'absence d'application directe aux individus. Or, la justiciabilité des normes non directement applicables est à géométrie tout aussi variable que leurs effets juridiques. Aussi est-il important d'en découvrir les raisons tant théoriques que pratiques et de proposer d'y apporter quelques aménagements.

Droit public français

Applicabilité

Invocabilité

Résumé en anglais

Non self-executing rules don't generally effect, of themselves, the people's condition, but they are carried into execution by the authorities of the state. Regarded as political questions by the judges, they can't be invoked before court: the legislature must execute them before they can become "actual" rules for the judges. The study begins with a search on the criteria that distinguishes self-executing and non self-executing rules. It is then necessary to analyse the consequences of such a qualification on the way those rules have to be enforced. They don't operate of themselves without an implementation act and are therefore conceived as rules adressing themselves to the political powers and not to the judges. There is a direct link that binds public authorities to non self-executing rules, whereas the link between those and the people is indirect. This indirect nature manifests itself in the lack of justiciability, to which this thesis tries to find explanations and solutions.

ABRÉVIATIONS ET SIGLES

A.F.D.I.	Annuaire français de Droit international
Aff.	Affaire
A.I.J.C.	Annuaire international de justice constitutionnelle
A.J.C.T.	Actualité juridique Collectivités territoriales
A.J.D.A.	Actualité juridique Droit administratif
A.J.D.I.	Actualité juridique Droit immobilier
A.J.F.	Actualité juridique Famille
A.J.F.P.	Actualité juridique Fonctions publiques
A.P.D.	Archives de philosophie du droit
B.J.C.L.	Bulletin juridique des collectivités locales
B.J.C.P.	Bulletin juridique des contrats publics
B.J.D.U.	Bulletin de jurisprudence de Droit de l'urbanisme
B.O.	Bulletin officiel
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation – Chambres civiles
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation – Chambre criminelle
CAA	Cour administrative d'appel
Cah. dr. eur.	Cahiers de droit européen
Cass. ch. mixte	Chambre mixte de la Cour de cassation
Cass. civ. 1 ^{ère}	Première chambre civile de la Cour de cassation
Cass. civ. 2 ^e	Deuxième chambre civile de la Cour de cassation
Cass. com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
Cass. crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
Cass. soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
CC	Conseil constitutionnel
C.C.C./N.C.C.C.	Cahiers du Conseil constitutionnel, deviennent Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel en 2010
C.D.E.	Cahiers de droit européen

CE	Conseil d'État
CE Ass.	Assemblée du contentieux du Conseil d'État
C.E.C.A.	Communauté économique du charbon et de l'acier
C.E.D.S.	Comité européen des Droits sociaux
C.E.E.	Communauté économique européenne
C.E.R.D.C.A.	Comité d'examen du respect des dispositions de la Convention d'Aarhus
CE Sect.	Section du contentieux du Conseil d'État
Cf.	Confer
Chron.	Chronique
CJCE/CJUE	Cour de justice des Communautés européennes, devient Cour de justice de l'Union européenne le 1 ^{er} décembre 2009
C.J.E.G./R.J.E.P.	Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz, devient Revue juridique de l'entreprise publique en 2005
Comm.	Commentaire
Concl.	Conclusions
Constitutions	Revue Constitutions
Convention E.D.H.	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
Cour E.D.H./CEDH	Cour européenne des Droits de l'Homme
CPJI/CIJ	Cour permanente de justice internationale devient Cour internationale de justice en 1946
D.	Revue Dalloz
D.A.	Droit administratif
D.I.A.N.	Documents d'information de l'Assemblée nationale
Dir.	Sous la direction de
Doctr.	Doctrine
Dr. Env.	Revue Droit de l'environnement
Dr. et patr.	Revue Droit et patrimoine
Dr. Famille	Revue Droit de la famille

Dr. Fisc.	Revue Droit fiscal
Dr. ouvrier	Revue Droit ouvrier
Dr. Rur.	Revue Droit rural
Dr. san. et soc.	Revue de Droit sanitaire et social
Dr. Soc.	Revue Droit social
Droit et Société	Revue Droit et Société
Droits	Droits – Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques
Éd.	Édition
E.D.C.E.	Études et documents du Conseil d'État
Environnement	Revue Environnement
Ét.	Étude
Europe	Revue Europe
G.A.J.A.	Grands arrêts de la jurisprudence administrative
Gaz. Pal.	La gazette du palais
G.D.C.C.	Grandes décisions du Conseil constitutionnel
Gde. ch.	Grande Chambre
Ibid.	<i>Ibidem</i>
I.R.	Informations rapides
J.C.P.	Jurisclasseur périodique, La semaine juridique
J.C.P., A.	Jurisclasseur périodique, La semaine juridique, édition administrations et collectivités territoriales
J.C.P., E.	Jurisclasseur périodique, La semaine juridique, édition entreprise
J.C.P., G.	Jurisclasseur périodique, La semaine juridique, édition générale
J.D.I.	Journal du droit international
J.O.R.F.	Journal officiel de la République française
J.O.C.E./J.O.U.E.	Journal officiel des Communautés européenne, devient Journal officiel de l'Union européenne le 1 ^{er} décembre 2009

Jurispr.	Jurisprudence
L.P.A.	Les petites affiches
Obs.	Observations
O.N.G.	Organisation non gouvernementale
O.N.U.	Organisation des Nations Unies
Op. cit.	<i>Opus citatum</i>
Ord. réf.	Ordonnance de référé
Plen.	Assemblée plénière
P.U.F.	Presses universitaires de France
P.U.G.	Presses universitaires de Grenoble
P.U.S.	Presses universitaires de Strasbourg
Quot. jur.	Quotidien juridique
R.A.	Revue administrative
Raisons politiques	Revue Raisons politiques
R.B.D.C.	Revue belge de droit constitutionnel
R.B.D.I.	Revue belge de droit international
R.C.A.D.E.	Recueil des cours de l'Académie de droit européen
R.C.A.D.I.	Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye
R.D.I.	Revue de droit immobilier
R.D.P.	Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger
R.E.D.E.	Revue européenne de droit de l'environnement
Rec.	Recueil Lebon des arrêts du Conseil d'État ou Recueil des décisions du Conseil constitutionnel ou Recueil des arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne
Rev. crit. dr. intern. privé	Revue critique de droit international privé
Rev. fr. dr. aérien	Revue française de droit aérien
Rev. jur. et pol. d'outre-mer	Revue juridique et politique d'outre-mer
Rev. Marché commun	Revue du Marché commun et de l'Union européenne
Rev. pol. et parl.	Revue politique et parlementaire

Rev. Trésor	Revue du Trésor
R.F.D.A.	Revue française de droit administratif
R.F.D.C.	Revue française de droit constitutionnel
R.G.D.I.P.	Revue générale de droit international public
R.I.D.C.	Revue internationale de droit comparé
R.I.E.J.	Revue interdisciplinaire d'études juridiques
R.J.E.	Revue juridique de l'environnement
R.J.F.	Revue de jurisprudence fiscale
R.P.D.A.	Revue pratique de droit administratif
R.R.J.-Droit prospectif	Revue de la recherche juridique – Droit prospectif
R.T.D. Civ.	Revue trimestrielle de droit civil
R.T.D.E.	Revue trimestrielle de droit européen
R.T.D.H.	Revue trimestrielle de droit de l'homme
S.	Recueil Sirey
Somm.	Sommaire
Spé.	En particulier
S.T.E./S.T.C.E.	Série des Traités Européens, années 1949 à 2003 (S.T.E. n ^{os} 001 à 193 inclus), devient Série des Traités du Conseil de l'Europe en 2004 (S.T.C.E. n ^{os} 194 et suivants).
T.	Tome
TA	Tribunal administratif
T.F.U.E.	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TPICE/TPIUE	Tribunal de première instance des Communautés européennes, devient Tribunal de première instance de l'Union européenne le 1 ^{er} décembre 2009
U.E.	Union européenne
U.N.I.C.E.F.	United Nations International Children's Emergency Fund (Fonds des Nations Unies pour l'enfance)
V ^e	Verbo, verbis
Vol.	Volume

SOMMAIRE

ABRÉVIATIONS ET SIGLES	9
SOMMAIRE.....	15
INTRODUCTION	19
§ 1 L'objet de l'étude.....	26
§ 2 La délimitation du champ de l'étude.....	50
§ 3 La problématique de l'étude	60
§ 4 La méthode de l'étude	67
PREMIÈRE PARTIE : L'APPLICABILITÉ DES NORMES NON DIRECTEMENT APPLICABLES.....	73
TITRE PREMIER : LES INCERTITUDES DE LA DÉTERMINATION DE L'ABSENCE D'APPLICABILITÉ DIRECTE	75
<i>Chapitre premier : L'absence d'applicabilité directe comme caractère associé à certaines catégories juridiques</i>	<i>79</i>
Section I : La déduction de l'absence d'applicabilité directe de la nature de l'acte juridique ou de la norme qu'il exprime	79
Section II : L'identification des normes non directement applicables par l'établissement d'une classification, exemples de droit comparé.....	107
<i>Chapitre second : L'absence d'applicabilité directe comme résultat de l'application des critères techniques</i>	<i>127</i>
Section I : L'emploi de critères d'applicabilité théoriquement justifiés.....	128
Section II : L'emploi de critères d'applicabilité aux conséquences critiquables	155
<i>Conclusion du Titre premier.....</i>	<i>192</i>
TITRE SECOND : LES DÉSÉQUILIBRES DU RÉGIME JURIDIQUE DES NORMES NON DIRECTEMENT APPLICABLES	195

<i>Chapitre premier : Une force obligatoire réelle</i>	197
Section I : La transposition des directives européennes	200
Section II : La mise en œuvre des normes non directement applicables	230
<i>Chapitre second : Une force contraignante limitée</i>	284
Section I : Les mécanismes de contrôle non contentieux, techniques de développement de la force contraignante des normes non directement applicables	285
Section II : Les mécanismes de contrôle contentieux, techniques limitées à certaines normes non directement applicables	314
<i>Conclusion du Titre second</i>	344
CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE	345
SECONDE PARTIE : L'INVOCABILITÉ DES NORMES NON DIRECTEMENT APPLICABLES	349
TITRE PREMIER : UNE NOTION COMPLEXE	351
<i>Chapitre premier : L'invocabilité, notion plurielle</i>	353
Section I : Les invocabilités correspondant à une justiciabilité moindre ...	354
Section II : Les invocabilités correspondant à une justiciabilité maximale	395
<i>Chapitre second : L'invocabilité, notion mouvante</i>	431
Section I : Un potentiel d'invocabilité conditionné par des facteurs normatifs	431
Section II : Un potentiel d'invocabilité conditionné par des facteurs contentieux	468
<i>Conclusion du Titre premier</i>	509
TITRE SECOND : UNE NOTION À RECONSTRUIRE	511
<i>Chapitre premier : Les techniques de substitution à l'invocabilité directe, manifestations des insuffisances du droit positif</i>	515
Section I : Le détour par une règle directement applicable	516
Section II : L'invocabilité par combinaison de normes	543
<i>Chapitre second : Les propositions de solution</i>	575

Section I : L'échec des propositions ponctuelles de renforcement du contrôle des normes non directement applicables	576
Section II : La nécessaire reconstruction de conceptions de l'applicabilité et de l'invocabilité plus nuancées	621
<i>Conclusion du Titre second</i>	653
CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE	654
CONCLUSION GÉNÉRALE	657
BIBLIOGRAPHIE	661
TABLE GÉNÉRALE DE JURISPRUDENCE	724
INDEX	769
TABLE DES MATIÈRES	773

INTRODUCTION

« Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ». Rédigée à partir d'un projet d'Anne Louis Henri DE LA FARE, évêque de Nancy et député aux États généraux, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 est le plus célèbre texte constitutionnel du monde¹. Dès la fin du XVIII^e siècle, l'article 16 de la Déclaration définit la Constitution comme un acte juridique dont le but est notamment d'assurer la garantie des droits dans la société, témoignant de la méfiance des Lumières envers l'autorité politique et son arbitraire.

Toutefois, la « merveilleuse aurore » chère à Alexis DE TOCQUEVILLE, élément incontestable de stabilité d'une histoire constitutionnelle française aux multiples rebondissements², n'acquiert sa pleine dimension juridique qu'au milieu du XX^e siècle par une double consécration prétorienne, d'abord administrative³, puis constitutionnelle⁴. À l'instar de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, le

¹ Cf. notamment MORANGE J., *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Paris, P.U.F., Collection Que sais-je ?, n° 2408, 4^e éd., 2002 ; RIALS S., *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Paris, Hachette, Collection Pluriel, 1988 ; TEBOUL G. (dir.), CONAC G., DEBENE M., *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : histoire, analyse et commentaires*, Paris, Economica, 1993.

² La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen est présente dans de nombreux textes constitutionnels français, ou y fait l'objet d'un renvoi. Il est intéressant de noter que ce texte se retrouve tant dans la plupart des régimes républicains (à l'exception des lois constitutionnelles des 24, 25 février et 16 juillet 1875), que dans la Constitution impériale du 14 janvier 1852 (dont l'article premier précise « la Constitution reconnaît, confirme et garantit les grands principes proclamés en 1789, et qui sont la base du droit public des Français »).

³ CE 7 juin 1957, *Condamine*, inédit au Recueil Lebon ; R.D.P., 1958, p. 58, note M. WALINE ; et CE Sect. 12 février 1960, *Société Eky*, Rec. p. 101 ; S., p. 131, concl. J. KAHN ; D., p. 293, note J. L'HUILLIER ; J.C.P., G., II, 11629 bis, note G. VEDEL.

⁴ La portée de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen est confirmée pour la première fois par la décision CC n° 73-51 DC, 27 décembre 1973, *Loi de finances pour 1974 et notamment de son article 62*, Rec. p. 25 (G.D.C.C. n° 8), considérant 2, p. 25 : « ladite disposition porte atteinte au principe de l'égalité devant la loi contenu dans la Déclaration des Droits de l'Homme de 1789 et solennellement réaffirmé par le préambule de la Constitution ». Elle se situe dans la droite ligne de la célèbre décision dite « Liberté d'association » à l'origine de la notion de principe fondamental reconnu par les lois de la République : CC n° 71-44 DC, 16 juillet 1971, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association*, Rec. p. 29 ; A.J.D.A., p. 537, note J. RIVERO ; R.D.P., p. 1171, note J. ROBERT ; G.D.C.C. n° 6.

Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 est considéré dans un premier temps comme une déclaration de nature philosophique et politique. Par conséquent, les droits et libertés consacrés par ces deux textes sont « réduits (...) à l'état de demi-sommeil juridique »⁵. Raymond CARRÉ DE MALBERG précise que « les droits en question, "droits de l'homme et du citoyen", n'acquièrent de valeur juridique proprement dite qu'à la condition d'avoir été déclarés, c'est-à-dire reconnus et consacrés, par la loi, et en tout cas c'est à la loi qu'il appartient d'en fixer les conditions d'exercice, d'en réglementer la mise en œuvre et d'en assurer la sanction positive »⁶. En d'autres termes, jusqu'à la seconde moitié du XX^e siècle⁷, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen est perçue au moins comme une proclamation de principes extérieurs au domaine juridique, au plus comme un texte dont la formulation de nature philosophique est jugée trop vague pour lier les pouvoirs publics. Un regard similaire est porté initialement sur le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946. Cette situation n'est pas uniquement le résultat ou la conséquence de l'acceptation de la notion matérielle de constitution en tant qu'ensemble de normes juridiques régissant l'organisation des pouvoirs publics.

En effet, les règles du droit international ont elles aussi été l'objet de telles constructions. Depuis l'Antiquité, les entités politiques se lient en établissant de nombreuses règles juridiques. MONTESQUIEU, pourtant fortement critique à l'égard de certaines dérives de la pratique des relations internationales⁸, souligne la

⁵ Comité de réflexion sur le Préambule de la Constitution présidé par Simone VEIL, *Redécouvrir le Préambule de la Constitution*, Rapport au Président de la République, Paris, La Documentation française, Collection des Rapports officiels, 2008, p. 7.

⁶ *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, Dalloz, Collection Bibliothèque Dalloz, réédition 2003, p. 236.

⁷ Et indépendamment des questions suscitées par sa place en préambule du texte constitutionnel *stricto sensu*.

⁸ « Le droit public est plus connu en Europe qu'en Asie ; cependant on peut dire que les passions des princes, la patience des peuples, la flatterie des écrivains en ont corrompu tous les principes. (...) On dirait, Rhédi, qu'il y a deux justices toutes différentes : l'une qui règle les affaires des particuliers, qui règne dans le droit civil ; l'autre qui règle les différends qui surviennent de peuple à peuple, qui tyrannise dans le droit public : comme si le droit public n'était pas lui-même un droit civil, non pas à la vérité d'un pays particulier, mais du monde », MONTESQUIEU, *Lettres persanes*, Paris, Pocket, Collection Classiques, 1998, Lettre XCIV, p. 175-176.

force obligatoire des traités de paix dans les *Lettres persanes*⁹ (publiées à Amsterdam en 1721). Il y développe également une typologie de quatre « *actes de justice* » formant les règles du « *droit public* »¹⁰. Mais le premier ouvrage consacré spécifiquement au « *droit international* »¹¹ est attribué à l'auteur suisse Emer DE VATTEL, *Le Droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*, publié à Londres en 1758. Comme l'explique Denis ALLAND, « *le terme même de droit des gens est issu de la pensée juridique romaine et scolastique (...). Tous les auteurs s'accordent sans peine à considérer le droit civil comme étant un droit positif, interne aux États, et le droit naturel comme un ensemble de principes supérieurs à la volonté humaine et donc d'application universelle. Mais le droit des gens est beaucoup plus malaisé à définir et perturbe ces distinctions* »¹². Au fil de l'évolution de la pensée juridique internationale, la théorisation du droit international classique établie au XVIII^e siècle¹³ se stabilise et, au cours de la seconde moitié du XIX^e siècle, est consacré le positivisme juridique, tant comme doctrine que comme attitude scientifique. Le droit international se définit alors comme « *le droit effectif régissant de façon autonome les relations entre États* »¹⁴. Le milieu du XX^e siècle est marqué par un bouleversement sans précédent, se traduisant par la remise en question généralisée du modèle classique, sans que la rupture avec la nature théorique du droit international public –droit dont les États souverains sont les sujets privilégiés– soit réellement consommée. Dans ce contexte, la question des effets du droit international dans

⁹ Lettre XCV, spé. p 178 : « *les traités de paix sont si sacrés parmi les hommes qu'il semble qu'ils soient la voix de la nature, qui réclame ses droits. Ils sont tous légitimes lorsque les conditions en sont telles que les deux peuples peuvent se conserver ; sans quoi, celle des deux sociétés qui doit périr, privée de sa défense naturelle par la paix, la peut chercher dans la guerre* ».

¹⁰ « *Voilà, cher Rhédi, ce que j'appelle le droit public. Voilà le droit des gens, ou plutôt celui de la raison* », Lettre XCV, p 178.

¹¹ L'expression « *droit international* », quant à elle, apparaît dans *l'Introduction aux principes de la morale et de la législation* de Jeremy BENTHAM (*An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, ouvrage imprimé en 1780 et publié en 1789).

¹² ALLAND D., *Droit international public*, Paris, P.U.F., Collection Droit fondamental, 2000, p. 69.

¹³ Principalement sur la base de l'ouvrage du juriste allemand Christian WOLFF, *Jus Gentium methodo scientifica pertractatum* (Francfort, 1749), et de l'œuvre maîtresse d'Emer DE VATTEL. Cf. Denis ALLAND, *op. cit.*, p. 74 à 76.

¹⁴ ALLAND D., *op. cit.*, p. 79.

l'ordre juridique français se limite, à l'origine, à ceux d'une obligation naturelle¹⁵. La Constitution du 27 octobre 1946 remédie à cette faiblesse¹⁶. La célèbre formule de l'article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958¹⁷ prend sa suite. La supériorité du droit international conventionnel sur la loi française devient réellement effective dès 1975 pour le juge judiciaire¹⁸ et en 1989 pour le juge administratif¹⁹. En parallèle se

¹⁵ « Par opposition à obligation civile, obligation dont l'exécution (forcée) ne peut être exigée en justice mais dont l'exécution (volontaire) ne donne pas lieu à répétition, en tant qu'elle est l'accomplissement d'un devoir moral », CORNU G., Association H. CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, Paris, P.U.F., Quadrige, 9^e éd., 2011, v^e « Naturel, elle », premier sens, « obligation naturelle », p. 674.

¹⁶ L'alinéa 14 du Préambule énonce que « la République française, fidèle à ses traditions, se conforme aux règles du droit public international ». Les articles 26 et 28 de la Constitution précisent, respectivement que « les traités diplomatiques régulièrement ratifiés et publiés ont force de loi dans le cas même où ils seraient contraires à des lois françaises, sans qu'il soit besoin pour en assurer l'application d'autres dispositions législatives que celles qui auraient été nécessaires pour assurer leur ratification » et que « les traités diplomatiques régulièrement ratifiés et publiés ayant une autorité supérieure à celle des lois internes, leurs dispositions ne peuvent être abrogées, modifiées ou suspendues qu'à la suite d'une dénonciation régulière, notifiée par voie diplomatique (...) ».

¹⁷ « Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie ».

¹⁸ Cass. ch. mixte 24 mai 1975, n° 73-13.556, *Administration des douanes c. Société Cafés Jacques Vabre et Société J. Weigel et Cie*, Bull. Ch. mixte n° 4 ; D., p. 497, concl. du Procureur général A. TOUFFAIT ; Gaz. Pal., n° 196, 15 juillet 1975, *Jurispr.*, II, p. 470, concl., et note R.C. ; A.J.D.A., p. 567, note N. BOULOUIS ; J.D.I., p. 802, note D. RUZIÉ ; Cah. dr. eur., p. 655, note R. KOVAR ; Rev. Marché commun, septembre 1975, comm. G. DRUESNE ; Rev. crit. dr. intern. privé, 1976, p. 347, note J. FOYER et D. HOLLEAUX ; R.G.D.I.P., 1976, p. 690, obs. C. ROUSSEAU.

¹⁹ CE Ass. 20 octobre 1989, *Nicolo*, Rec. p. 190, concl. P. FRYDMAN ; A.J.D.A., p. 756, chron. E. BAPTISTE et E. HONORAT, p. 788, note D. SIMON ; R.F.D.A., p. 813, concl., p. 824, note B. GENEVOIS, p. 993, comm. L. DUBOIS et L. FAVOREU ; J.C.P., G., II, 21371, concl. ; R.T.D.E., p. 771, concl. et note G. ISAAC ; L.P.A., n° 137, 15 novembre 1989, p. 4, comm. A. GRUBER ; L.P.A., n° 148, 11 décembre 1989, p. 17, comm. G. LEBRETON ; L.P.A., n° 149, 13 décembre 1989, p. 11, comm. P. DEROUIN ; J.D.I., 1990, p. 5, note J. DEFAUSSY ; Rev. crit. dr. intern. privé, 1990, 79, p. 125, note P. LAGARDE ; L.P.A., n° 17, 7 février 1990, p. 6, comm. J.-F. FLAUSS ; D., 1990, Chron., p. 57, note R. KOVAR ; D., 1990, *Jurispr.*, p. 135, note P. SABOURIN ; R.D.P., 1990, p. 801, note J.-F. TOUCHARD ; G.A.J.A. n° 91. Il est cependant nécessaire de noter que la reconnaissance de l'invocabilité de la violation d'un traité international à l'appui d'un recours dirigé contre un acte de l'administration est consacrée par l'arrêt CE 30 mai 1952, *Dame Kirkwood*, Rec. p. 291 ; R.D.P., p. 781, concl. M. LETOURNEUR, note M. WALINE. Le juge administratif reconnaît pour la première fois le caractère juridique du droit international conventionnel, considéré jusqu'alors comme une règle de conduite, à l'occasion de l'arrêt CE Ass. 28 mai 1937, *Sieur Decerf*, Rec. p. 534 ; S., III, p. 73, note P. LAROQUE : « M. Decerf avait été extradé en application d'une convention d'extradition passée entre la France et la Belgique, laquelle fixait les cas dans lesquels l'extradition pouvait être accordée. Le requérant soutenait qu'il ne se trouvait dans aucun de ces cas. Le Conseil d'État lui répond que, sur ce point, c'est le traité qui régit l'extradition et "qu'il n'appartient pas au Conseil d'État de connaître de l'application d'un acte touchant les rapports de la France avec une puissance étrangère". Cela signifie que si le décret lui-même n'est pas un acte de gouvernement le juge n'est, néanmoins, pas compétent pour connaître des moyens qui touchent à l'application pure et simple de la convention ; ces moyens sont irrecevables. Le juge ne peut connaître que des moyens tirés de la violation de la loi de 1927 », Jean-Claude BONNICHOT, *L'évolution récente de l'extradition passive en France*, A.F.D.I., 1984, p. 19 à 42, p. 21.

déroule la construction de l'Union européenne, dont les développements du droit dérivé intensifient les controverses.

Les évolutions juridiques majeures rapidement présentées révèlent l'ampleur croissante des problématiques liées aux effets incertains de ces normes, dont le caractère juridique paraît difficilement affirmé. De plus, la remarquable accélération du phénomène depuis une soixantaine d'années contribue à mettre en lumière des dysfonctionnements relativement anciens, amplifiés par les évolutions les plus récentes. Des importants débats de la doctrine internationale des années 1980 au sujet de la *soft law*, à la multiplication des qualificatifs du droit « *mou* »²⁰, « *flexible* »²¹, « *flou* »²², « *à l'état gazeux* »²³, la croissance exponentielle de ces normes « incertaines » suscite un embarras certain. Tous les ordres juridiques, tous les actes juridiques et toutes les branches du droit interne français sont désormais concernés. L'accroissement considérable et continu de ce type de règles se situe en contradiction patente avec les intentions affichées de simplification normative, de renforcement de l'efficacité et de la rapidité des actions en justice, de développement de la sécurité juridique dans le cadre de l'État de droit, comme en témoignent de nombreux rapports officiels et la régularité des appels à la réduction de l'inflation normative²⁴. Les nouvelles formes d'intervention de l'État et la complexité des sociétés modernes ne sont pas étrangères à ce paradoxe, en ce qu'elles nécessitent des modalités d'intervention normatives plus flexibles, plus nuancées, surtout plus sophistiquées.

²⁰ DELMAS-MARTY M., *Les forces imaginantes du droit, Le relatif et l'universel*, Paris, Seuil, Collection La couleur des idées, 2004, spé. p. 182.

²¹ CARBONNIER J., *Flexible droit*, Paris, L.G.D.J., 5^e éd., 1983.

²² DELMAS-MARTY M., *Le flou du droit...*, Paris, P.U.F., 1986.

²³ Conseil d'État, Rapport public annuel 1991, *De la sécurité juridique*, E.D.C.E., n°43, Paris, La Documentation française, 1992.

²⁴ Cf. notamment Conseil d'État, Rapport public annuel 1991, *De la sécurité juridique*, précité ; et Conseil d'État, Rapport public annuel 2006, *Sécurité juridique et complexité du droit*, E.D.C.E., n°57, Paris, La Documentation française, 2007.

À ces évolutions correspond un droit désormais qualifié de post-moderne²⁵ marqué par la souplesse et l'imprécision. Ces nouvelles caractéristiques du droit sont favorisées par l'apparition de techniques juridiques propres à l'État providence.

Paradoxalement, la « nébuleuse » du droit « incertain » est proportionnellement peu analysée en doctrine, hormis dans une perspective généraliste, visant à discuter de l'existence d'une « crise » ou d'un « déclin » du droit²⁶. Ce faible succès s'explique sans aucun doute par la complexité et l'hétérogénéité du domaine, mais également par l'apparente inutilité pratique du concept. Si tant est qu'elle puisse être conçue comme un ensemble, la « nébuleuse » du droit « incertain » est réputée au moins pour son inefficacité, au plus pour son absence d'effectivité²⁷. *« La norme juridique est faite pour régir le réel, et pour se traduire dans les faits. Elle s'impose à ceux qui lui sont assujettis. La conformité du sein au sollen tel qu'elle l'a formulé n'est pas facultative. Elle ne se borne pas à définir, selon la formule de la Déclaration universelle de droits de l'homme, "un idéal à atteindre", confié à la liberté des consciences humaines, elle fait, du devoir ainsi défini, une obligation. Qu'elle se veuille protectrice de la personne ou qu'elle traduise ce que les détenteurs du pouvoir considèrent comme nécessaire aux intérêts de la collectivité, ce qui importe, tant aux uns qu'aux autres, c'est qu'elle reçoive application, et qu'elle se traduise dans la réalité. Si elle demeure dans*

²⁵ Voir notamment CHEVALLIER J., *Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique*, R.D.P., 1998, p. 659 ; CHEVALLIER J., *L'État post-moderne*, Paris, L.G.D.J., Collection Droit et société, 3^e éd., 2008 ; CHEVALLIER J., *L'État post-moderne : retour sur une hypothèse*, Droits, 2004, n° 39, p. 107 ; CAILLOSSE J., *Une approche « tranquillisante » de la post-modernité ? L'économie du droit post-moderne selon Jacques Chevallier*, Droits, 2004, n° 39, p. 121 ; VENNESSON P., *L'État « post-moderne », la mondialisation et la guerre*, Droits, 2004, n° 39, p. 139. Cf. également MAISANI P. et WIENER F., *Réflexions autour de la conception post-moderne du droit*, Droit et Société, 1994, n° 27, p. 443.

²⁶ Par exemple, RIPERT G., *Le déclin du droit. Études sur la législation contemporaine*, Paris, L.G.D.J., 1949 ; BATIFFOL H., *Le déclin du droit*, A.P.D., 1963, *Le dépassement du droit*, t. 8, p. 43 ; BURDEAU G., *Le déclin de la loi*, A.P.D., 1963, *Le dépassement du droit*, t. 8, p. 35 ; OPPETIT B., *L'hypothèse du déclin du droit*, Droits, 1986, n° 4, p. 9 ; VIANDIER A., *La crise de la technique législative*, Droits, 1986, n° 4, p. 75.

²⁷ Pour reprendre le sens juridique de la distinction telle qu'établie par Denys DE BÉCHILLON, *Qu'est-ce que la règle de droit ?*, Paris, Odile Jacob, 1997, p. 87 : « pour simplifier les choses à l'extrême et adopter une définition très juridique de ces notions, on pourrait présenter l'effectivité comme la propriété qu'aurait une règle de produire des effets dans la réalité empirique, et l'efficacité comme la propriété qu'elle aurait de produire les effets que l'on attendait d'elle. Une notion de "qualité" dans la réalisation intervient dans ce deuxième concept ».

l'empyrée, elle peut intéresser le philosophe et se prêter à la médiation du juriste, mais elle ne modifie en rien le destin des hommes, qui seul importe »²⁸.

Le sujet de la présente étude s'inscrit pleinement dans cette dynamique. En effet, les normes non directement applicables restent relativement mystérieuses et sont souvent envisagées comme existant en-dehors de la sphère juridique : elles ne constitueraient pas du « vrai droit », par essence contraignant et juridictionnellement sanctionné, notamment du fait de leur invocabilité fort limitée. La matière s'inscrit pourtant dans une actualité juridique très riche et donne lieu à un important volume de contributions ponctuelles. Ces dernières portent sur la Charte de l'environnement promulguée le 1^{er} mars 2005, la censure de la *Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école* par le Conseil constitutionnel²⁹, la mise en place du droit au logement opposable depuis l'adoption de la loi « D.A.L.O. » du 5 mars 2007³⁰, ou la jurisprudence « européenne » construite depuis 2004 par le Conseil constitutionnel et depuis 2007 par le Conseil d'État, dont le point d'orgue est constitué par le célèbre revirement opéré à l'occasion de l'affaire *Mme Perreux*³¹. Ainsi, les études relatives à ce thème sont peu nombreuses et axées sur des points particuliers du régime juridique de ces normes, ou menées de manière très synthétique et spécifique. La question est à peine traitée dans les manuels ou même définie dans les lexiques juridiques. Il n'existe à ce jour ni étude complète descriptive du régime juridique des normes non directement applicables, ni systématisation doctrinale récente du

²⁸ RIVERO J., *Sur l'effet dissuasif de la sanction juridique*, in *Mélanges Pierre RAYNAUD*, Paris, Dalloz-Sirey, 1985, p. 675 à 685, p. 675.

²⁹ CC n° 2005-512 DC, 21 avril 2005, *Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école*, Rec. p. 72 ; D., 2006, Pan. 826, obs. V. OGIER-BERNAUD et C. SEVERINO ; G.D.C.C. n° 32.

³⁰ Loi n° 2007-290 du 5 mars 2007, *instituant le droit au logement opposable et portant diverses mesures en faveur de la cohésion sociale*, J.O.R.F. n° 55 du 6 mars 2007, p. 4190.

³¹ CE Ass. 30 octobre 2009, *Mme Perreux*, Rec. p. 408, concl. M. GUYOMAR ; R.F.D.A., p. 1125, concl., p. 1276, chron. T. RAMBAUD et A. ROBLOT-TROIZIER, p. 1146, note P. CASSIA, ; A.J.D.A., p. 2385 et p. 2391, chron. S.-J. LIÉBER et D. BOTTEGHI ; J.C.P., G., 542, note S. et V. CORNELOUP ; D.A., décembre 2009, Étude n° 21, p. 7, note M. GAUTIER ; R.F.D.A., 2010, p. 126, note M. CANEDO-PARIS, p. 201, chron. C. SANTULLI ; R.T.D.E., 2010, p. 223, note D. RITLENG ; R.G.D.I.P., 2010, p. 232, chron. L. AZOULAI ; Dr. Fisc., 2010, 219, note M. GUICHARD et R. GRAU ; J.C.P., A., 2010, 2036, comm. O. DUBOS et D. KATZ ; D., 2010, p. 351, note P. CHRESTIA, p. 553, note G. CALVES ; L.P.A., n° 110, 3 juin 2010, p. 7, note E. DUBOUT ; L.P.A., n° 119, 16 juin 2010, p. 7, note F. CHALTIEL ; G.A.J.A. n° 117.

problème, dont le premier écueil se situe dans l'identification même d'éléments de définition.

§ 1 L'objet de l'étude

Ad limina – **Précisions terminologiques : acte juridique et norme juridique, règle et norme.** Traditionnellement opposé au fait juridique, l'acte juridique se définit comme une « *opération juridique (negotium) consistant en une manifestation de la volonté (publique ou privée, unilatérale, plurilatérale ou collective) ayant pour objet et pour effet de produire une conséquence juridique (établissement d'une règle, modification d'une situation juridique, création d'un droit etc.)* »³². Plus succinctement, il est, principalement pour la doctrine privatiste, un « *acte de volonté destiné (dans la pensée de son ou de ses auteurs) à produire des effets de droit* »³³. Les nombreuses théories développées s'accordent ainsi sur les deux composantes de l'acte juridique, soit la production d'un effet juridique et l'établissement volontaire³⁴. En droit public, la conception de l'acte juridique se construit sur le fondement principal des travaux de Léon DUGUIT, pour qui « *est acte juridique tout acte de volonté intervenant avec l'intention qu'il se produise une modification dans l'Ordre juridique tel qu'il existe au moment où il se produit ou tel qu'il existera à un moment futur donné* »³⁵. Charles EISENMANN réfute ces deux conceptions de l'acte juridique, en ce qu'elles impliquent que l'effet de droit « *résulte de l'acte juridique comme dans la nature l'effet résulte de la cause, ou la suit ; donc que c'est par elle-même que la manifestation de volonté juridique déclenche, provoque ou réalise un ou des "effets de droit"* »³⁶. Or, sans un

³² CORNU G., *op. cit.*, ve « Acte », sens généraux, p. 19.

³³ CORNU G., *op. cit.*, ve « Acte », p. 19 à 23, spé. p. 22.

³⁴ Pour une vue d'ensemble sur la notion d'acte juridique, voir notamment *L'acte juridique*, Droits, 1988, n° 7, spé. p. 3 à 108. Pour une synthèse des différentes théories civilistes de l'acte juridique, cf. STORCK M., *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, Paris, L.G.D.J., 1982, spé. p. 19 à 35.

³⁵ DUGUIT L., *Théorie générale de l'acte juridique*, R.D.P., 1919, p. 313 à 337, p. 320 ; *Traité de droit constitutionnel*, t. 1, 3^e éd., Paris, A. Fontemoing, 1927, notamment p. 316 à 451. Cités par Denys DE BÉCHILLON, *Qu'est-ce que la règle de droit ?*, Paris, Odile Jacob, 1997, p. 272.

³⁶ EISENMANN C., *Cours de Droit administratif*, t. 2, Paris, L.G.D.J., 1983, spé. p. 345. Cité par Nicolas CHIFFLOT, *Le droit administratif de Charles Eisenmann*, Paris, Dalloz, Nouvelle bibliothèque des thèses, 2009.

encadrement juridique, aucun effet de droit ne peut naître, les « *conséquences de droit* » de l'acte juridique existent « *parce que l'ordre juridique, la loi en a décidé ainsi* »³⁷, et non par la seule volonté de son auteur³⁸. La référence à l'intention de l'auteur de l'acte, commune aux deux définitions de l'acte juridique, n'emporte pas davantage la conviction ; « *les actes illicites, les délits n'entraînent-ils pas des conséquences de droit eux aussi : aux délits civils, n'est-il pas attaché pour leurs auteurs, si ces actes ont causé dommage à des tiers, une obligation de réparer, une responsabilité ? Ce cas suffit à la démonstration* »³⁹. Dans le cadre des travaux de Hans KELSEN, les actes juridiques se définissent de manière objective en tant qu'actes « *prévus par l'ordre juridique* »⁴⁰ et « *institués par le droit* »⁴¹ avant d'être faits par les hommes. À ce titre, ils sont également des éléments de l'ordre juridique, qui lui-même se compose de normes. Les actes juridiques deviennent ainsi des « *actes normateurs* » dans la pensée de Charles EISENMANN, ils sont « *les modes d'édiction des normes juridiques, ou encore les opérations ou procédures de création des normes juridiques* »⁴². « *La définition eisenmannienne de l'acte et de la norme juridique se résume à une relation de stricte et mécanique interdépendance : l'acte juridique forme le support, le procédé d'édiction de la norme ; la norme juridique se comprend comme la "signification de cet acte"* »⁴³ »⁴⁴. Tels sont les fondements de la définition retenue par cette étude, et développée par Denys DE BÉCHILLON, réservant le cas des « *normes sans actes* » comme la coutume. « *L'instrumentum de l'acte juridique est le support (oral ou, plus généralement, écrit) au travers duquel s'exprime une proposition (le negotium) dont la signification peut être, soit une norme prescriptive "dure", si l'on peut y identifier un élément impératif catégorique, soit une recommandation, une prescription "douce", si sa*

³⁷ EISENMANN C., *op. cit.*, p. 345.

³⁸ Cet argument rejette les théories civilistes de l'acte juridique comme manifestation de volonté accomplie en vue de réaliser des effets de droit.

³⁹ EISENMANN C., *op. cit.*, p. 346.

⁴⁰ EISENMANN C., *op. cit.*, p. 350.

⁴¹ AMSELEK P., *L'acte juridique à travers la pensée de Charles Eisenmann*, in AMSELEK P. (dir.), *La pensée de Charles Eisenmann*, Journées d'Études, Strasbourg, 27-28 septembre 1985, organisées par le Centre de droit public interne de Strasbourg et le Centre de philosophie du droit de Paris, Paris, Economica, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1986, p. 31 à 65.

⁴² EISENMANN C., *op. cit.*, p. 351.

⁴³ KELSEN H., *Théorie pure du droit*, traduction française de la deuxième édition de la *Reine Rechtslehre* par Charles EISENMANN, Paris, L.G.D.J., Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 12.

⁴⁴ DE BÉCHILLON D., *op. cit.*, p. 274.

composante impérative reste conditionnelle. L'éventualité d'une description peut être retenue, mais au premier degré seulement : du seul fait de la force (illocutoire) propre à l'autorité juridique détenue par l'auteur de l'énoncé, la proposition tendra toujours à une direction (souple, la plupart du temps) de la conduite humaine. Pour cette raison, tous les actes juridiques sont donc normatifs, au moins virtuellement. Mais ils le sont à des degrés très marqués »⁴⁵. Enfin, il est également nécessaire de préciser qu'à l'instar de Paul AMSELEK⁴⁶ et conformément à l'usage général⁴⁷, les termes de norme et de règle seront employés de manière indistincte. Cette assimilation n'emporte aucune conséquence sur la démonstration, et permet d'éviter le recours à de nombreuses subtilités risquant de nuire à l'intelligibilité du propos.

L'existence même de normes non directement applicables porte atteinte à la conception selon laquelle le droit est nécessairement composé de règles dont les attributs traditionnels sont, notamment, leur caractère obligatoire et juridiquement sanctionné. Plus encore, l'idée selon laquelle une norme juridique ne pourrait s'appliquer d'elle-même, par ses propres moyens, et nécessiterait des actions complémentaires pour remplir ses fonctions semble pour le moins curieuse. La notion de norme non directement applicable ne correspond pas à l'ensemble des règles juridiques inappliquées ou indirectement appliquées. Ainsi, la définition du sujet de la présente étude passe nécessairement par celle de la notion de norme non directement applicable, qui s'opère en commençant par en identifier la normativité. Cet aspect est paradoxalement le plus évident et le plus complexe à définir (I). Ensuite, il est indispensable d'orienter l'analyse sur leur caractère non directement applicable, appréciable par un raisonnement *a contrario* (II).

⁴⁵ DE BÉCHILLON D., *op. cit.*, p. 279.

⁴⁶ Cf. par exemple AMSELEK P., *Norme et loi*, A.P.D., 1980, *La loi*, t. 25, p. 9 ; AMSELEK P., *Le droit, technique de direction publique des conduites humaines*, Droits, 1989, n° 10, p. 7.

⁴⁷ Certains auteurs emploient cependant le terme de règle aux fins de désigner les seules normes de portée générale, s'inscrivant dans la tradition de l'École de Bordeaux, comme le signale notamment Denys DE BÉCHILLON, *op. cit.*, p. 218.

I / La détermination de la notion de norme juridique

En latin, le terme *norma* désigne, à l'origine, une équerre. Selon Otto PFERSMANN, le mot semble avoir été utilisé en architecture avant d'être employé dans un sens abstrait en philosophie morale, notamment par CICÉRON⁴⁸. Dans le langage courant, « la norme » sert à identifier une mesure ou un standard, un repère par rapport auquel la conformité d'un objet ou d'une action est appréciée. Ce terme est ainsi employé dans des contextes très différents, comprenant les normes techniques, celles du raisonnement ou du vrai. Une norme, entendue comme règle de droit, est une proposition abstraite et générale qui évoque, non pas l'idée de normalité (comme par exemple en biologie), ni celle de rationalité ou de type convenu (standardisation), mais spécifiquement la valeur attachée à une règle de conduite.

Ce n'est qu'au cours du XIX^e siècle, à l'occasion de l'autonomisation de la théorie juridique, puis au début du XX^e siècle, sous l'influence des travaux de Hans KELSEN⁴⁹ que le terme se généralise en tant que caractéristique du droit. Dans la théorie kelsénienne, la notion est avant tout fonctionnelle, en ce qu'elle traduit un concept plus général que les mots « règle » ou « loi » utilisés jusqu'alors, mais aussi en ce qu'elle permet la construction d'une théorie du droit positif reposant sur une analyse des rapports entre les normes d'un même système juridique. Comme le relève Éric MILLARD, « *dans cette démarche, la présentation du droit comme ensemble ou ordonnancement de normes juridiques est cohérente, et l'interrogation sur ce qu'est une norme juridique apparaît à la fois comme centrale et paradoxale : centrale car elle définit ce qui est l'élément au cœur du phénomène juridique, et qui est nécessaire à sa compréhension (sans lui être suffisante) ; paradoxale parce que cette centralité devrait justement permettre la généralisation d'une conception partagée de la norme par les juristes (au minimum), et (dans l'idéal) par les destinataires de la norme, débouchant sur une utilisation relativement*

⁴⁸ PFERSMANN O., « Norme », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, P.U.F., 2003, p. 1079 à 1083, spé. p. 1079.

⁴⁹ Ses travaux se situent dans la ligne de la théorie du droit développée par Emmanuel KANT à la fin du XVIII^e siècle.

homogène du terme »⁵⁰. Ainsi, les normes non directement applicables se situent au cœur des tensions entre une vision classique du droit et ses alternatives plus récentes (A). Si la présente étude ne prétend, ni n'entend résoudre une question d'une telle ampleur, le sens retenu de la notion de norme se doit d'être précisé (B).

A - L'incertitude du caractère juridique des normes non directement applicables dans une conception classique du droit

Les conceptions traditionnelles de la règle juridique s'avèrent difficilement compatibles avec la possibilité même de l'existence de normes non directement applicables (1). Néanmoins, l'ensemble des caractéristiques essentielles classiquement attribuées à la règle de droit peut être perçu de manière moins rigoriste. Mené sur des fondements renouvelés, le raisonnement permet de lever les obstacles à l'exclusion des normes non directement applicables de la sphère juridique (2).

1) Les théories classiques de la norme juridique

Le caractère prescriptif (a), la sanction (b) et l'ordonnancement en un système hiérarchisé (c) sont des éléments traditionnellement considérés comme inhérents au caractère juridique d'une norme.

a. Le caractère nécessairement prescriptif des normes juridiques

La loi de David HUME⁵¹ consiste en un raisonnement selon lequel « *il n'est pas possible de déduire valablement un énoncé normatif d'un ensemble de prémisses ne contenant aucune proposition normative et qu'inversement aucune conclusion descriptive ne suit de propositions uniquement normatives. Étant donné qu'une conséquence logique ne*

⁵⁰ MILLARD E., *Qu'est-ce qu'une norme juridique ?*, in *La normativité*, C.C.C., 2006, n° 21, p. 59 à 62, p. 59.

⁵¹ HUME D., *Traité de la nature humaine*, 1740 : « *comme ce doit être ou ne doit pas être exprime une affirmation ou une relation nouvelle, il est nécessaire qu'elle soit observée et expliquée et en même temps qu'une raison nous soit donnée pour ce qui semble tout à fait inconcevable, c'est-à-dire : comment cette nouvelle relation pourrait être une déduction d'autres (relations) qui en sont entièrement différentes* », cité par Otto PFERSMANN, *op. cit.*, p. 1080.

permet jamais de dire plus que ce que contiennent les antécédents, une modalité prescriptive ne peut être introduite dans la conclusion là où il n'y en avait pas dans les prémisses. Une norme consiste ainsi à modaliser des actions par l'obligation, la permission ou l'interdiction »⁵². La juridicité de la norme fait précisément appel à son caractère prescriptif, par opposition au caractère indicatif ou descriptif. Elle est déterminée par le sens de l'énoncé de la norme, conformément à la doctrine positiviste qui fonde notamment la spécificité juridique sur la volonté. La norme est une signification d'un acte de volonté, le droit est constitué de l'« ensemble des règles (...) en vigueur dans un pays donné à un moment donné », par opposition au droit naturel et à un droit révolu⁵³. « Une telle conception conduit les positivistes à préférer l'étude des sources formelles à celles du contenu matériel du droit, puisque la juridicité même d'une prescription procède de la qualité de son auteur et de la forme dans laquelle elle se trouve émise et non de son contenu ou de sa portée. (...) Il importe peu, dans cette perspective, que le contenu des règles juridiques provienne effectivement de la volonté psychique du souverain, mais il importe beaucoup que ce contenu, en lui-même indifférent, soit approuvé par le souverain au moyen d'un acte juridique, la sanction, ou encore approuvé par une autorité déléguée et habilitée par le souverain pour vouloir en son nom »⁵⁴.

b. La sanction, critère essentiel de la norme juridique

« Comme on le sait, la sanction est de l'essence même de la règle de droit »⁵⁵. La doctrine juridique française, civiliste ou publiciste, a longtemps considéré la sanction comme critère essentiel du droit. « Si faible qu'en soit le résultat, la démarche est révélatrice : c'est la sanction qui fait passer la règle de l'Éthique au Droit »⁵⁶. Malgré l'existence de nombreuses nuances dans les travaux des auteurs⁵⁷, le lieu commun de

⁵² PFERSMANN O., *op. cit.*, p. 1080.

⁵³ CORNU G., *op. cit.*, ve « Positif, ive », p. 769.

⁵⁴ MAULIN E., « Positivismes », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, précité, p. 1171 à 1177, spé. p. 1175.

⁵⁵ VARINARD A., *Introduction*, in *La sanction*, Colloque du 27 novembre 2003, Université Jean MOULIN, Lyon III, Paris, L'Harmattan, 2007, p. 31 à 34, p. 31.

⁵⁶ RIVERO J., *Sur l'effet dissuasif de la sanction juridique*, in *Mélanges Pierre RAYNAUD*, Paris, Dalloz-Sirey, 1985, p. 675 à 685, p. 676.

⁵⁷ Pour une présentation globale et synthétique des différents travaux, cf., par exemple, DE BÉCHILLON D., *Qu'est-ce que la règle de droit ?*, Paris, Odile Jacob, 1997, spé. p. 72 à 82.

la culture juridique consiste à soutenir que « le droit (...) tiendrait son existence du fait qu'il est obéi par les personnes physiques et morales dont il est chargé de régir la conduite et qu'il est appliqué par des organes étatiques qui peuvent recourir en dernier ressort à la contrainte physique pour en assurer la bonne application »⁵⁸. Aussi, Hans Kelsen considère-t-il la validité d'un ordre juridique comme dépendante de son efficacité. Plus encore, il précise que « le Droit est un ordre de contrainte : les normes constitutives d'un ordre juridique prescrivent la contrainte. Elles déterminent les conditions auxquelles seule la contrainte physique peut, doit être employée par un Homme envers un autre. Si la société ne connaissait pas la contrainte, le règlement des actions humaines cesserait d'être du Droit »⁵⁹.

c. L'ordonnement des normes juridiques en un système hiérarchisé

Selon la célèbre théorie de Hans Kelsen, les normes sont des éléments coordonnés et hiérarchisés qui constituent un système de droit, un ordonnancement juridique (« *Ordnung* »), dans lequel les normes supérieures engendrent directement les normes inférieures, mais aussi les situations particulières. Au sommet de l'édifice se trouve la norme fondamentale dont découle toutes les autres, la base de la pyramide est composée des actes juridiques individuels. La théorie de la formation du droit par degrés vient compléter l'ensemble⁶⁰. Chaque norme générale peut produire ses effets si elle est appliquée par des normes d'un degré de généralité inférieur. Ces dernières nécessitent l'édition de normes encore moins générales, jusqu'à la base de la pyramide et l'existence de l'acte individuel. « *L'ordre juridique est conçu non pas simplement comme un assemblage de normes posées, mais comme un système qui s'organise lui-même. La juridicité est définie de manière récursive au sens où quelque chose ne peut être une norme d'un ordre donné que s'il existe déjà une autre norme de cet*

⁵⁸ LAQUIÈZE A., « Sanction », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, précité, p. 1381 à 1384, p. 1381.

⁵⁹ KELSEN H., *La validité du Droit international*, R.C.A.D.I., 1932-IV, p.124. Cité par Denys DE BÉCHILLON, *op. cit.*, p. 59.

⁶⁰ Issue des travaux de Hans Kelsen et Adolf Merkl (plus particulièrement *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Vienne et Berlin, Springer, 1927). Cf. notamment BONNARD R., *La théorie de la formation du droit par degrés dans l'œuvre d'Adolf Merkl*, R.D.P., 1928, p. 668.

ordre qui permet de l'identifier comme telle. Le droit règle sa propre production en tant qu'il détermine des procédures, plus ou moins complexes, dont l'aboutissement constitue une nouvelle norme »⁶¹.

2) Le dépassement de la rigueur des théories classiques par la nuance du raisonnement

La remise en cause partielle de l'appréciation stricte de la nature de la règle juridique comme nécessairement prescriptive (a), sanctionnée (b), et procédant d'un ordre juridique hiérarchisé (c), mène à envisager les normes non directement applicables comme de véritables normes juridiques.

a. L'inopérance de l'appréciation stricte du critère du caractère prescriptif

« Il conviendrait de rompre avec nos habitudes de pensée héritées du passé et de mettre résolument nos idées en accord avec les faits : il n'est plus possible aujourd'hui d'identifier le droit seulement à un ensemble de commandements ; même si ces derniers restent quantitativement largement dominants »⁶². En effet, s'il est aisé d'affirmer que, par essence, une norme juridique comporte un élément impératif ou prescriptif, il est particulièrement difficile de déterminer en pratique, à l'aide de critères opératoires, la frontière entre la juridicité et l'absence de juridicité d'une proposition, « le seuil de normativité, c'est-à-dire le point de passage du non-juridique au juridique, de ce qui n'est pas la norme à ce qui est la norme »⁶³. Une conception plus actuelle mène à considérer que les manifestations du droit ne se limitent pas à des ordres, des commandements ou autres prescriptions. Le droit peut également s'exprimer par la permission, l'encadrement d'une action ou la fixation d'objectifs par exemple. Cette difficulté

⁶¹ PFERSMANN O., « Hiérarchie des normes », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, précité, p. 779 à 783, p. 780.

⁶² AMSELEK P., *L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales*, R.D.P., 1982, p. 275 à 294, p. 289.

⁶³ WEIL P., *Vers une normativité relative en droit international*, R.G.D.I.P., 1982, p. 5 à 47, p. 9.

prend tout son relief une fois mise en perspective avec la multiplication et la diversification des techniques de rédaction normative.

Or, les normes non directement applicables ont pour principale caractéristique de disposer d'une manière jugée imprécise, ce qui a pour conséquence l'indétermination des comportements qu'impliquerait leur respect. Cette incertitude est assimilée à un défaut de caractère obligatoire, lui-même considéré comme équivalent à un défaut de juridicité dans une logique relevant d'un positivisme strict. L'adoption d'une conception plus souple et graduée de la règle juridique permet de surmonter cette difficulté théorique. Le renouvellement du paradigme de la prescriptivité de la norme juridique s'opère au moyen d'une différenciation entre normativité et obligatorité. L'obligatorité se réfère à l'idée de lier le destinataire de la norme, et peut être considérée comme un critère possible mais non nécessaire de la norme juridique : l'obligatorité « *n'est pas une qualité statique inhérente à la norme* »⁶⁴. Pour Michel TROPER, « *le droit n'est pas obligatoire mais (...) il se donne comme obligatoire. (...) Le droit international n'est pas obligatoire puisqu'aucun droit n'est obligatoire, mais [il] est cependant du droit car il se présente sous la forme juridique* »⁶⁵. Selon Paul AMSELEK « *la normativité juridique consiste en la constitution de modèles formels de la réalité, – c'est-à-dire de modèles ayant la vocation formelle à représenter celle-ci, de modèles qui visent à décrire ce qui doit effectivement se passer. Et c'est en cela que "l'on doit se conformer au droit", que les normes juridiques "sont obligatoires"* »⁶⁶. « *La norme juridique est "obligatoire", a vocation à l'obligatorité, en ce sens qu'elle n'est pas le modèle d'un objet quelconque, mais prétend à constituer un modèle, le modèle du réel, de la réalité, de ce qui doit obligatoirement, nécessairement se réaliser, se manifester* »⁶⁷.

⁶⁴ CHAUMONT C., *Rapport introductif – À la recherche du fondement du caractère obligatoire du droit international*, in *Réalités du droit international contemporain (force obligatoire et sujets de droit)*, Actes des seconde et troisième rencontres de Reims, Centre d'études des relations internationales de la Faculté de droit de Reims, Reims, A.R.E.R.S., 1974, p. 1 à 39, spé. p. 19. Sur ce point, cf. JEAMMAUD A., *La règle de droit comme modèle*, R.I.E.J., 1990, n° 25, p. 125 ; également publié au D., 1990, Chron., p. 199.

⁶⁵ TROPER M., *Fondement du caractère obligatoire et problème de causalité en droit international*, in *Réalités du droit international contemporain (force obligatoire et sujets de droit)*, op. cit., p. 41 à 78, spé. p. 50-51.

⁶⁶ AMSELEK P., *Perspectives critiques d'une réflexion épistémologique sur la théorie du droit : essai de phénoménologie juridique*, Paris, L.G.D.J., 1964, p. 288.

⁶⁷ AMSELEK P., op. cit., p. 287.

b. Le manque de pertinence du critère de la sanction

L'idée selon laquelle le droit est inconcevable indépendamment de l'existence d'une sanction procède notamment de la confusion sur le sens à donner à cette dernière notion. La sanction peut être entendue comme une preuve de l'efficacité du droit : en prévoyant des conséquences à la méconnaissance des règles, les organes normatifs consacrerait leur existence même et leur nature juridique. Cette acception de la sanction sert de fondement à la logique selon laquelle la norme est valide si elle est efficace, donc appliquée et sanctionnée. Toutefois, le lien entre la validité juridique de la norme et son application s'avère irréaliste. De nombreuses règles juridiques sont valides, en tant qu'établies selon une procédure régulière et conformes aux règles qui leur sont supérieures. Elles ne sont cependant pas appliquées du simple et unique fait de leur validité⁶⁸. « *Pendant combien de temps faudra-t-il répéter qu'une règle n'est pas juridique parce qu'elle est sanctionnée, mais sanctionnée parce qu'elle est juridique* », s'exclame François TERRÉ⁶⁹. Ainsi, la sanction n'est plus un critère mais une conséquence du caractère juridique d'une norme, pour autant que cette dernière revête également un caractère juridique. La conception la plus simple de la notion de sanction consiste à la considérer comme une réaction. La spécificité du caractère juridique de la sanction s'établit non pas en fonction de la nature de cette réaction, mais en fonction de ses éléments déclencheurs. Comme le démontre Denys DE BÉCHILLON, la sanction doit apparaître uniquement pour la défense de la règle de droit, afin d'en réprimer la violation, et la garantie de son fonctionnement est assurée par l'intervention d'un « *tiers désintéressé et impartial* » maîtrisant son déclenchement⁷⁰.

Le régime juridique des normes non directement applicables est spécifiquement caractérisé par d'importantes difficultés d'invocation dans le cadre d'une procédure juridictionnelle. Dans la mesure où l'invocabilité leur est

⁶⁸ Voir notamment OPPETIT B., *Le droit hors de la loi*, Droits, 1989, n° 10, p. 47 à 50, p. 49 : « *la juridicité ne peut être subordonnée à l'existence d'une sanction coercitive sous peine de se confondre avec la force : il est des règles non sanctionnées ou ineffectives, en droit international, en droit constitutionnel ou même en droit privé, qui restent néanmoins des règles de droit* ».

⁶⁹ TERRÉ F., *Pitié pour les juristes !*, R.T.D. Civ., 2002, p. 247 à 252, p. 248.

⁷⁰ DE BÉCHILLON D., *Qu'est-ce que la règle de droit ?*, Paris, Odile Jacob, 1997, spé. p. 85.

généralement refusée, leur méconnaissance ne peut bénéficier d'une sanction juridictionnelle. Elles ne peuvent ainsi pleinement s'intégrer à une conception rigoriste de la règle juridique, impliquant nécessairement une application directe et l'existence d'une sanction juridictionnelle.

c. La nécessaire relativisation de l'importance du caractère hiérarchique du système juridique

Certains auteurs contestent l'organisation des règles juridiques en un ensemble strictement hiérarchisé⁷¹, se demandant si « la pyramide est toujours debout »⁷². Dans la mesure où le droit ne dispose plus exclusivement par voie de commandement strictement sanctionné, où il n'est plus constitué de manière unilatérale et ne procède plus de l'unique volonté d'un seul souverain, la nature des rapports entre les normes d'un ordre juridique ne saurait se limiter à une logique rigoureusement verticale telle que celle de la formation du droit par degrés. La pluralité des acteurs juridiques et des organes de production normative, notamment issue du développement du droit international, de la construction européenne et de l'important accroissement du rôle du juge, a pour conséquence d'instaurer de fait des rapports horizontaux entre les normes, s'exprimant davantage en termes de compatibilité ou de modalités de conciliation qu'en termes de stricte conformité.

La conception exclusivement hiérarchique du système juridique et de la formation du droit par degré contribue à priver les normes non directement applicables de certains effets. Plus encore, ces normes étant considérées comme inaptes à s'appliquer par elles-mêmes, elles sont marquées par la nécessité d'un acte d'application conditionnant leur faculté à produire des effets juridiques : la quasi-impossibilité de leur sanction juridictionnelle aboutit à un blocage de la chaîne

⁷¹ Notamment Jacques CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, Paris, L.G.D.J., Collection Droit et société, 3^e éd., 2008, spé p. 123 à 137 ; François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires de Saint-Louis, 2002.

⁷² La question est formulée à partir de l'exclamation de Michel TROPER, *La pyramide est toujours debout ! Réponse à Paul AMSELEK*, R.D.P., 1978, p. 1523. Cf. AMSELEK P., *Réflexions critiques autour de la conception kelsénienne de l'ordre juridique*, R.D.P., 1978, p. 5.

normative. Par conséquent, elles peuvent être perçues comme des accidents ou des anomalies ponctuelles. Or, cette impression ne correspond pas à la réalité, non seulement en ce que leur nombre va croissant, mais surtout en ce que le caractère non directement applicable est parfois délibérément conféré à certaines normes par leurs auteurs⁷³.

B – La reconnaissance du caractère juridique des normes non directement applicables par l’adoption d’une conception plus large du droit

Sur le plan théorique, il est nécessaire de retenir une définition simple et souple de la notion de norme (1), qui corresponde à la pratique de l’appréciation du caractère juridique d’une formulation par le juge administratif et le Conseil constitutionnel (2).

1) La définition de la notion de norme : la norme comme instrument d’encadrement des conduites humaines

La question désormais devenue classique réapparaît régulièrement sur le devant de la scène juridique. Le problème s’est posé à la doctrine à de nombreuses reprises, notamment suite au développement du droit international et de son influence dans l’ordre interne. Le juge français se trouve indirectement confronté à des écueils similaires, dans les cas où il est amené à déterminer la juridicité des énoncés invoqués par les requérants. De même, les interrogations et débats relatifs à la normativité de plusieurs actes juridiques précis restent présentes aux esprits, et enseignées dans les universités : Préambule de la Constitution (les développements les plus récents sont consacrés à la Charte du Droit de l’environnement de 2004), directives européennes, droit international, circulaires et directives administratives

⁷³ Tels sont les cas des directives européennes, en raison des contraintes liées à la répartition des compétences entre l’Union européenne et les États membres, mais également de certaines dispositions de la Charte du droit de l’environnement de 2004, par exemple, comme en témoigne la lecture de certains passages des travaux préparatoires. Cf. KOSCIUSKO-MORIZET N., Rapport d’information n°1595 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 (n°992) relatif à la Charte de l’environnement, déposé à l’Assemblée nationale le 12 mai 2004, disponible sur le site internet de l’Assemblée nationale : <http://www.assemblee-nationale.fr/12/rapports/r1595.asp>.

etc. La controverse s'est curieusement renouvelée en se portant sur la loi, à l'occasion de la décision du 21 avril 2005 du Conseil constitutionnel relative à la loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école.

La présente étude n'a ni pour objet, ni pour ambition de prétendre résoudre une controverse ontologique aussi ancienne et fondamentale que celle de la définition de la norme juridique. L'identification d'une notion de norme est utilisée dans le but de délimiter le cadre du sujet, et se propose ainsi d'être simple et large. La norme juridique est ici envisagée comme un instrument de direction et d'encadrement des conduites, dans un sens proche du résultat des travaux de Paul AMSELEK⁷⁴ et de ceux de Denys DE BÉCHILLON, pour qui la norme est « *la signification d'une proposition indiquant un modèle sur un mode impératif* »⁷⁵. Cette acception permet d'établir une gradation de la densité normative des énoncés juridiques ; plus la normativité est dense et précise, plus la capacité de la norme à déterminer la conduite humaine est importante, et plus le comportement attendu est spécifique. « *Entre le droit et le fait, il n'y a pas de seuil. Sans doute arrive-t-il toujours un moment où l'analyste peut dire : ceci est du droit et cela n'en est pas, mais entre ces deux extrêmes on chercherait en vain une rupture nette. C'est bien plutôt d'un "dégradé normatif" qu'il faut parler* »⁷⁶. Plus encore, comme le décrit Paul AMSELEK⁷⁷, « *les normes juridiques ne présentent pas du tout comme des objets finis, comme des outils aux contours fixes et définitifs, créés une fois pour toutes et mis en circulation par le législateur ; elles ne sortent pas, toutes armées du cerveau et de la bouche ou de la plume du législateur, comme la déesse Athéna est sortie du crâne de Zeus déjà parée de l'ensemble de ses attributs, munie de son casque, de sa lance et de son bouclier. Il s'agit d'objets à "texture ouverte", selon l'heureuse expression d'Herbert HART⁷⁸ ».*

⁷⁴ Voir notamment AMSELEK P., *L'étrangeté ontologique du droit*, Droits, 1990, p. 85 ; AMSELEK P., *La teneur indéçise du droit*, R.D.P., 1991, p. 1199.

⁷⁵ DE BÉCHILLON D., *op. cit.*, p. 165 à 218.

⁷⁶ PELLET A., *Le bon droit de l'ivoire – Plaidoyer pour l'ivoire (Remarques sur quelques problèmes de méthode en droit international du développement)*, in *Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes : méthodes d'analyse du droit international*, Mélanges Charles CHAUMONT, Paris, Pedone, 1984, p. 465 à 493, p. 487-488.

⁷⁷ AMSELEK P., *L'étrangeté ontologique du droit*, Droits, 1990, p. 83 à 92, p. 89.

⁷⁸ HART H., *Le concept de droit*, traduction par Michel VAN DE KERCHOVE, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires de Saint-Louis, 1976, p. 155 et suivantes.

Les normes non directement applicables peuvent se présenter comme des normes juridiques dont le respect n'implique pas un comportement spécifique et strictement identifié, mais la possibilité de plusieurs conduites différentes. Le destinataire de la norme dispose d'une marge d'appréciation relativement large, en ce qu'elle lui permet de choisir l'action qui lui convient le mieux, parmi un ensemble de comportements de nature à permettre de répondre à la nécessité d'exécuter la norme. Force est de constater que les normes non directement applicables partagent certaines caractéristiques communes avec les normes d'habilitation ou les normes permissives. Comme l'explique Cédric GROULIER, la notion de norme permissive peut être « *entendue comme toute norme juridique ouvrant une faculté d'action à son destinataire, qui bénéficie d'une liberté de détermination ; elle exprime ainsi tant des conduites permises que facultatives, les deux n'étant d'ailleurs que les deux facettes d'un même droit bilatéral : celui de faire ou de ne pas faire quelque chose* »⁷⁹. Les normes non directement applicables ont pour autre particularisme de s'adresser aux autorités publiques, destinataires directs, alors que leurs énoncés concernent également les individus, destinataires finaux. Elles ne peuvent cependant fonder les prétentions de ces derniers en justice en l'absence d'intervention complémentaire d'une autorité dotée d'un pouvoir normatif. L'élément caractéristique des normes non directement applicables se révèle ainsi par leur régime juridique.

2) La mise en œuvre de la notion de norme

Dans l'exercice de leurs fonctions juridictionnelles, le juge administratif (a) comme le Conseil constitutionnel (b) ont développé des jurisprudences fondées sur la qualification de normes juridiques de certains textes soumis à leur examen.

⁷⁹ GROULIER C., *L'impératif dans la jurisprudence Duvoignères : réflexion sur un sésame contentieux*, R.F.D.A., 2008, p. 941 à 950, p. 941. Voir également GROULIER C., *Norme permissive et droit public*, thèse, Limoge, 2006, disponible sur le site internet de l'Université de Limoge : www.unilim.fr/theses/2006/droit/2006limo0518/groulier_c.pdf.

a. L'identification du caractère impératif ou incitatif des circulaires

En dehors de l'appréciation du caractère précis et complet des normes invoquées devant lui⁸⁰, le juge administratif est amené à faire usage de critères de détermination d'un caractère « impératif » de certains énoncés dans le cadre de l'appréciation de la recevabilité des recours formés contre des circulaires administratives. La notion de disposition « impérative » est utilisée dans un but procédural, et concerne l'appréciation de la recevabilité du recours pour excès de pouvoir, ou du référé suspension⁸¹, formé contre une circulaire ou contre un refus d'abroger une circulaire. Depuis la décision *Institution Notre-Dame du Kreisker*⁸², le juge distingue les dispositions réglementaires des dispositions interprétatives figurant dans les circulaires. Seules les premières sont susceptibles d'un recours pour excès de pouvoir ou peuvent être valablement invoquées. Cette distinction s'avère peu opératoire, et pose de nombreuses difficultés menant à certaines solutions peu cohérentes⁸³. À l'occasion de l'affaire *Mme Duwignères* du 18 décembre 2002⁸⁴, la Section du contentieux du Conseil d'État revient sur ses axes d'analyse des circulaires administratives interprétatives en établissant un nouveau critère de recevabilité, l'impérativité. Le commissaire du Gouvernement Pascale FOMBEUR propose à la Haute juridiction d'admettre « la recevabilité et le bien-fondé d'un recours dirigé contre une circulaire qui prescrit l'application d'un texte qui n'est pas légalement applicable », en d'autres termes, « d'affirmer clairement ce que vous faites depuis plusieurs

⁸⁰ Voir *infra*, « L'appréciation du critère objectif », p. 132.

⁸¹ CE, ord. réf., 6 juillet 2001, *Conseil national de l'Ordre des médecins*, n° 235050, Rec. p. 334 ; A.J.F.P., janvier-février 2001, p. 51, comm. F.-G. BERTRAND ; R.F.D.A., p. 1135.

⁸² CE Ass. 29 janvier 1954, *Institution Notre-Dame du Kreisker*, Rec. p. 64 ; R.P.D.A., p. 50, concl. B. TRICOT ; A.J.D.A., p. 5, chron. F. GAZIER et M. LONG ; R.D.P., 1955, p. 175, note M. WALINE.

⁸³ Cf. notamment Geneviève KOUBI, *Distinguer "l'impératif" du "réglementaire" au sein des circulaires administratives*, R.D.P., 2004, p. 499.

⁸⁴ CE Sect. 18 décembre 2002, *Mme Duwignères*, Rec. p. 463, concl. P. FOMBEUR ; R.F.D.A., 2003, p. 280, concl., p. 510, note J. PETIT ; A.J.D.A., 2003, p. 487, chron. F. DONNAT et D. CASAS ; L.P.A., n° 124, 23 juin 2003, p. 19, note P. COMBEAU ; D.A., mars 2003, Repères n° 3, p. 3, note J.-B. AUBY ; G.A.J.A. n° 110. Cf. PRÉTOT X., *Le régime des circulaires et instructions est-il réductible à la recevabilité du recours pour excès de pouvoir ? Quelques réflexions à la lumière de la décision Mme Duwignères*, in *Mouvement du droit public*, Mélanges en l'honneur de Franck MODERNE, Paris, Dalloz, 2004, p. 357.

années sans le dire, c'est-à-dire d'admettre l'ouverture du recours pour excès de pouvoir à l'encontre des circulaires qui donnent une interprétation impérative du droit applicable »⁸⁵.

Pascale FOMBEUR poursuit en exposant les critères de distinction : « *par dispositions impératives à caractère général, il nous semble qu'il faut entendre toutes les dispositions au moyen desquelles une autorité administrative vise soit à créer des droits ou des obligations, soit à imposer une interprétation du droit applicable en vue de l'édition de décisions. À ce titre, peuvent être écartées, tout d'abord, toutes les dispositions de circulaires qui exposent une politique ou assignent des objectifs et qui, si elles figuraient dans une loi ou un décret, seraient également dépourvues de portée normative. (...) Il est vrai que face à certaines circulaires, l'hésitation est permise. S'agit-il de simples indications, ou au contraire de prescriptions auxquelles les destinataires de l'acte doivent se conformer ? Plus encore que la rédaction du texte, c'est l'intention de l'auteur et la façon dont il est perçu par ses destinataires qui nous semblent déterminants. Dès lors que l'auteur de la circulaire expose aux services chargés de la mise en œuvre de la réglementation l'ensemble des règles applicables, en indiquant de façon univoque et non dubitative comment il faut le comprendre et l'appliquer, on peut considérer qu'il s'agit de dispositions à caractère impératif »⁸⁶.*

b. L'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi

Les critères de l'appréciation du caractère normateur des dispositions soumises au contrôle du Conseil constitutionnel se révèlent par l'étude de la jurisprudence relative à la qualité de la loi. À l'origine, le Conseil constitutionnel se réfère au principe de clarté de la loi, dont la consécration s'opère pour la première

⁸⁵ FOMBEUR P., concl. sur CE Sect. 18 décembre 2002, *Mme Duvernès*, R.F.D.A., 2003, p. 280 à 289, p. 285-286.

⁸⁶ *Idem*, p. 287-288.

fois en-dehors de la matière pénale en 1998⁸⁷. La formule de principe qualifie le caractère équivoque et confus des termes de la disposition législative de violation du principe constitutionnel de clarté de la loi et de l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi : « *considérant qu'il appartient au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie l'article 34 de la Constitution ; qu'il doit, dans l'exercice de cette compétence, respecter les principes et règles de valeur constitutionnelle et veiller à ce que le respect en soit assuré par les autorités administratives et juridictionnelles chargées d'appliquer la loi ; qu'à cet égard, le principe de clarté de la loi, qui découle de l'article 34 de la Constitution, et l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, lui imposent, afin de prémunir les sujets de droits contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques ; qu'il revient au Conseil constitutionnel de procéder à l'interprétation des dispositions d'une loi qui lui est déférée dans la mesure où cette interprétation est nécessaire à l'appréciation de sa constitutionnalité ; qu'il appartient aux autorités administratives et juridictionnelles compétentes d'appliquer la loi, le cas échéant sous les réserves que le Conseil constitutionnel a pu être conduit à formuler pour en admettre la conformité à la Constitution* »⁸⁸.

À l'occasion de la célèbre décision *Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école*, le Conseil se livre à une analyse approfondie de la normativité des énoncés de l'article 12, déférés à sa censure, distinguant les « dispositions sans portée normative » (considérants 16 et 17), des « dispositions de portée normative incertaine » (considérants 18 à 21). Il conclut à propos des premières : « *considérant que ces dispositions sont manifestement dépourvues de toute portée normative ; que, dès lors,*

⁸⁷ CC n° 98-401 DC, 10 juin 1998, *Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail*, Rec. p. 258, considérant 16, p. 263 : « *en tant qu'il concerne l'aide apportée par l'État à la réalisation d'études préalables à la réduction du temps de travail, le VII de l'article 3 ne relève d'aucun des principes fondamentaux, ni d'aucune des règles que l'article 34 de la Constitution a placés dans le domaine de la loi ; qu'il reviendra au pouvoir réglementaire, chargé de l'application de cette disposition, de définir des critères d'attribution de l'aide en cause permettant d'éviter toute discrimination injustifiée entre les entreprises et les branches concernées ; qu'en attribuant compétence aux régions pour participer à ce dispositif, la disposition en cause, qui concerne la détermination des principes fondamentaux de la libre administration des collectivités locales, de leurs compétences et de leurs ressources, est suffisamment précise pour répondre aux exigences de l'article 34 de la Constitution* ».

⁸⁸ CC n° 2001-455 DC, 12 janvier 2002, *Loi de modernisation sociale*, Rec. p. 49, considérant 9, p. 53.

le II de l'article 7 de la loi déferée est contraire à la Constitution »⁸⁹. Les secondes font l'objet d'une appréciation de leur généralité, qui est jugée conforme à la Constitution, pour autant qu'elles imposent des obligations de moyens⁹⁰ ou prévoient l'utilisation de dispositifs d'harmonisation⁹¹. La démarche du Conseil constitutionnel se fonde de manière privilégiée sur la précision des obligations contenues dans le texte et sur la volonté de leur auteur, comme en témoignent les nombreuses références aux travaux préparatoires.

Malgré des objets très différents, les raisonnements mis en œuvre par le Conseil d'État et par le Conseil constitutionnel présentent ainsi d'intéressantes similitudes. Enfin, il est utile de préciser que la norme de référence unique en la matière est désormais l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, la référence au principe de clarté de la loi est abandonnée depuis la décision de 2006 portant sur la loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information⁹².

II / L'identification du caractère non directement applicable

En langage courant, le verbe transitif « appliquer » fait généralement référence à l'action de « poser, mettre une chose à plat sur une autre de façon qu'elle la

⁸⁹ CC n° 2005-512 DC, 21 avril 2005, *Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école*, Rec. p. 72 ; D., 2006, Pan. 826, obs. V. OGIER-BERNAUD et C. SEVERINO ; G.D.C.C. n° 32.

⁹⁰ Considérant 19, Rec. p. 76 : « en raison de la généralité des termes qu'ils emploient, ces articles font peser sur les établissements d'enseignement des obligations dont la portée est imprécise ; qu'il résulte cependant des travaux parlementaires qu'ils imposent des obligations non pas de résultat mais de moyens ; que, sous cette réserve, les articles 27 et 31 ne méconnaissent pas le principe de clarté de la loi ».

⁹¹ Considérant 21, Rec. p. 76 : « en raison de la généralité de ses termes, cette disposition impose une obligation de portée imprécise ; qu'il résulte toutefois des travaux parlementaires que la référence au "respect des conditions d'équité" doit s'entendre comme prévoyant l'utilisation de dispositifs d'harmonisation entre établissements ; que, sous cette réserve, l'article 29 ne méconnaît pas le principe de clarté de la loi ».

⁹² CC n° 2006-540 DC, 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, Rec. p. 88, considérant 9, p. 91 : « considérant qu'il incombe au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie la Constitution et, en particulier, son article 34 ; que le plein exercice de cette compétence, ainsi que l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, lui imposent d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques ; qu'il doit en effet prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi ».

recouvre, y adhère ou y laisse une empreinte », ou encore de « *mettre en œuvre, en pratique* », « *employer pour un usage déterminé, faire servir dans une situation donnée* »⁹³. Au sens figuré, le verbe pronominal « appliquer » désigne quant à lui le fait de « *servir à un usage déterminé et, par extension, convenir à, s'adapter à* »⁹⁴. L'applicabilité désigne la vocation pour une norme juridique à régir une situation, l'aptitude à gouverner celle-ci⁹⁵. Dans le cadre de la présente étude, elle suppose une applicabilité juridique, par les autorités exécutives et législatives compétentes, ainsi que par les juridictions. Cette ébauche de caractérisation est très insuffisante, mais l'expression, pourtant indispensable, suscite de nombreuses confusions. À l'origine relativement stable et dépourvue d'équivoque, la question de l'applicabilité des normes juridiques est devenue particulièrement importante et parfois complexe depuis le développement et la multiplication des sources du droit, notamment du droit international.

Si de nombreuses tentatives d'explication du concept ont été menées, quasi exclusivement dans les domaines du droit international et du droit de l'Union européenne, l'absence d'applicabilité directe d'une norme reste délicat à caractériser. Notion négative, sa définition nécessite une démarche *a contrario* se fondant sur la notion positive d'applicabilité directe (A), avant d'en analyser la mise en œuvre pratique par l'emploi de critères d'applicabilité (B).

A - La notion d'applicabilité et la détermination du caractère non directement applicable

L'identification du caractère non directement applicable d'une norme est dépendante de celle de son opposé, la notion d'applicabilité directe (1). Ce n'est qu'à partir de la notion d'applicabilité directe qu'il est possible de dégager quelques aspects propres à l'absence d'applicabilité directe (2).

⁹³ *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^e éd., v^e « Appliquer », premier sens.

⁹⁴ *Idem*, second sens.

⁹⁵ Cette définition est établie à partir de celle proposée par Gérard CORNU, *op. cit.*, v^e « Applicabilité », p. 73.

1) La définition de l'applicabilité directe

La définition de l'applicabilité directe est source de nombreuses incertitudes, mais est principalement composée de deux éléments constitutifs : la précision de la norme conduisant à l'absence de nécessité d'une règle juridique complémentaire (a) et la qualité du destinataire (b).

a. La précision de la norme et l'absence de nécessité d'une intervention intermédiaire

En s'inspirant des raisonnements développés en droit international, le caractère directement applicable d'une norme peut se déterminer essentiellement selon un critère fonctionnel : est considérée comme directement applicable toute norme juridique capable de régir, par elle-même, une situation entrant dans son champ d'application. L'applicabilité directe peut se comprendre comme l'aptitude d'une règle de droit à être appliquée dans l'État où elle est en vigueur sans requérir aucune mesure d'exécution, et, notamment, à conférer par elle-même aux particuliers des droits dont ils puissent se prévaloir devant les autorités (juridictionnelles)⁹⁶. Écrivant en 1970 sur l'applicabilité directe dans le droit de la Communauté Économique Européenne, Léontin-Jean CONSTANTINESCO dépeint la situation suivante : *« l'effet direct de certaines dispositions communautaires suppose un pouvoir normatif communautaire, distinct de celui des États membres et s'exerçant sur leurs citoyens qui deviennent ainsi aussi des ressortissants communautaires. Cela exige également un système de protection juridictionnelle car dans tout ordre juridique il y a un équilibre entre le pouvoir normatif et les systèmes de protection juridictionnelle. À "l'immédiateté normative" descendante correspond, comme un corollaire, une "immédiateté juridictionnelle" ascendante. Les particuliers devraient pouvoir attaquer directement la norme communautaire leur*

⁹⁶ Cette définition se construit par la synthèse des deux définitions établies par Joe VERHOEVEN, *La notion d'« applicabilité directe » du droit international*, R.B.D.I., 1980, p. 243 à 264, p. 243-244. Dans un sens étroit, l'applicabilité désigne « l'aptitude d'une règle de droit international à conférer par elle-même aux particuliers, sans requérir aucune mesure interne d'exécution, des droits dont ils puissent se prévaloir devant les autorités (juridictionnelles) de l'État où cette règle est en vigueur ». Au sens large, « est directement applicable la règle de droit international qui, sans requérir aucune mesure interne d'exécution, peut être appliquée dans l'État où cette règle est en vigueur ».

faisant grief directement, ou attaquer l'État qui empêche que cette norme déploie ses effets en droit interne »⁹⁷.

La norme qualifiée de *self-executing*, selon la terminologie du droit international, la norme auto-exécutoire, s'exécute, par elle-même, de façon autonome, par la seule force de ses prescriptions. Pour ainsi dire, la norme directement applicable est « prête à l'emploi », et selon la formule de référence construite par Joe VERHOEVEN, la notion d'applicabilité désigne « *la possibilité pour un juge (...) d'emprunter à son dispositif la solution du litige dont il est saisi* »⁹⁸. Réciproquement, son application ne nécessite donc en aucune façon l'édiction de normes complémentaires. Cette qualité est principalement appréciée au moyen du critère objectif d'applicabilité, qui consiste en une analyse de la précision et du caractère complet de l'énoncé de la norme. Le critère objectif repose principalement sur l'analyse du texte normatif, entendu comme « *ensemble des énoncés d'une règle de droit considérés dans leur expression écrite, teneur littérale de l'acte énonçant cette règle ; enchaînement de ses dispositions* »⁹⁹.

b. La qualité du destinataire de la norme

Des explications précédentes découlent certains éléments matériels de définition de la norme directement applicable : un degré de précision suffisant pour produire pleinement ses effets juridiques par elle-même, sans que les autorités législatives, réglementaires ou administratives n'aient à adopter de mesure d'exécution. La conséquence majeure de l'applicabilité directe est la possibilité pour les particuliers de se prévaloir de la règle dotée de ce caractère devant un tribunal. Si la teneur de la règle juridique est jugée insuffisante, l'édiction d'un acte d'application est indispensable à sa concrétisation et lui permet de remplir sa *ratio essendi*, de régir la situation en vue de laquelle elle a été établie. La norme s'adresse implicitement

⁹⁷ CONSTANTINESCO L.-J., *L'applicabilité directe dans le droit de la C.E.E.*, Bruxelles, Bruylant, Collection Droit de l'Union européenne, Grands écrits, 2006 (réimpression de l'ouvrage publié à la L.G.D.J. à Paris en 1970), p. 40.

⁹⁸ VERHOEVEN J., *op. cit.*, p. 244.

⁹⁹ CORNU G., *op. cit.*, ve « Texte », premier sens, p. 1014.

mais nécessairement aux autorités normatives compétentes sur lesquelles pèse la responsabilité de son exécution et non aux sujets de droit. Dans une perspective différente, la nature contractuelle des stipulations d'un traité international a pour corollaire que leur applicabilité directe aux particuliers doit résulter d'une volonté manifeste des États contractants de reconnaître des droits au bénéfice des individus, leur conférant ainsi la qualité de destinataires des stipulations. Dans les deux cas, l'applicabilité directe de la norme comprend la faculté pour les particuliers d'en demander l'application judiciaire.

2) Les aspects de l'absence d'applicabilité directe

Le caractère non directement applicable d'une règle se définit par la négative, à partir des éléments définis ci-dessus. Il s'exprime par la nécessité d'une intervention normative intermédiaire (a) et, en conséquence, est source de faiblesse des effets juridiques que la norme est amenée à produire (b).

a. La nécessité d'un intermédiaire entre la norme et la situation juridique

La norme non directement applicable est considérée comme inapte à remplir son rôle de norme juridique effective, en ce qu'elle ne peut régir par elle-même la situation juridique. Elle est incomplète, d'une densité normative trop faible et ne suffit pas, par elle-même, à la détermination du ou des comportement(s) impliqué(s) par le respect de ses dispositions. Par conséquent, cette inaptitude génère la nécessité de l'intervention d'un pouvoir normatif complémentaire, intermédiaire entre la norme et la situation. Dans le cas des stipulations internationales dépourvues d'effet direct à raison de la nature contractuelle, interétatique, de leurs prescriptions, l'intermédiaire juridique sert de lien entre la stipulation et l'individu qui n'en est pas le destinataire.

b. Les conséquences de l'absence d'applicabilité directe

L'absence d'applicabilité directe de la règle juridique a pour effet de susciter des incertitudes quant à sa normativité, qui conduisent, en cas d'inexistence de l'intermédiaire, à une justiciabilité fort limitée. Dans l'hypothèse de l'intervention d'une intermédiation normative, la problématique de la justiciabilité de la norme non directement applicable ne s'efface pas, en ce que la norme d'application sert de norme de référence du contrôle. Ainsi, la justiciabilité de la norme non directement applicable est fort équivoque, et, plus généralement, son rôle dans l'ordre juridique paraît presque inexistant. Partant, les normes non directement applicables apparaissent comme inutiles en ce qu'elles sont *a priori* inefficaces.

B - Les critères d'applicabilité

Une fois la norme régulièrement édictée et entrée en vigueur dans l'ordre juridique français, elle doit encore, pour produire la plénitude de ses effets juridiques, satisfaire un ou deux critères d'applicabilité en fonction de son origine. Ces derniers présentent une nature objective (1) ou subjective (2).

1) Le critère objectif, condition d'applicabilité de toute norme juridique

Le critère objectif est fondé sur la qualité de l'énoncé de la norme, plus précisément sur son caractère suffisamment précis, complet et clair. En d'autres termes, la norme doit être « parfaite », ou plutôt ne pas être trop vague ou trop générale pour être considérée comme réellement contraignante. Il constitue le critère d'applicabilité de toute norme juridique et se justifie, en partie, par une conception rigoureuse du principe de séparation des pouvoirs qui interdit au juge de créer du droit. Cette démarche n'est pas propre au juge français et est notamment utilisée par la Cour de justice de l'Union européenne aux fins de déterminer l'effet direct des dispositions soumises à son contrôle : sont directement applicables (ou d'effet direct selon la terminologie employée par la Cour de justice), les normes « *précises et inconditionnelles* ». Conformément à ce qui a été démontré précédemment, la mise en œuvre cohérente de cette exigence repose sur l'impossible détermination d'un « *seuil*

de normativité », ce qui entraîne la présence d'un certain nombre de « *cas-limites* »¹⁰⁰ dans la jurisprudence appliquant le critère objectif, voire de contradictions¹⁰¹.

2) Le critère subjectif, condition d'applicabilité de la norme internationale

Le critère subjectif n'est apprécié que pour déterminer l'applicabilité des normes issues du droit international. De nombreux systèmes juridiques recourent à l'emploi de cette méthode dont l'origine est attribuée à l'avis consultatif rendu par la Cour permanente de justice internationale de La Haye dans l'affaire des *Chemins de fer de Dantzig* en 1928¹⁰². L'appréciation du critère subjectif consiste en la recherche de l'intention des auteurs de la norme et exige que les parties à la convention aient entendu créer directement des droits ou des obligations pour les particuliers et qu'elles ne se soient pas bornées à régler les relations entre les États. L'existence même du critère découle de la nature de la société internationale classique, dont les individus sont exclus. Cependant, cette perspective est nettement nuancée consécutivement à l'émergence des droits de l'homme : « *l'individu apparaît dans cette conception non plus dépendant de la toute puissance étatique, mais reconnu dans son identité, investi de droits intrinsèques, liés à sa condition humaine* »¹⁰³. Les traités relatifs aux droits de l'homme peuvent être considérés comme « *la traduction normative d'un droit idéologique consacrant les droits de l'homme comme le fondement des ordres juridiques nationaux et universels* »¹⁰⁴. L'un des particularismes des conventions internationales

¹⁰⁰ L'expression est empruntée à René CHAPUS à propos de l'invocabilité des dispositions du Préambule de la Constitution, *Droit administratif général*, t. 1, Paris, Montchrestien, 15^e éd., 2001, p. 45.

¹⁰¹ Par exemple, l'effet direct de l'article 7 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels portant sur le droit à des conditions de travail justes et favorables est reconnu dans une décision de 1993, mais rejeté dans une décision de 2007. CE 21 juin 1993, *Coz*, n° 48599, inédit au Recueil Lebon ; et CE 25 juillet 2007, *Lowinski*, n° 292730, inédit au Recueil Lebon.

¹⁰² CPJI, avis consultatif, 3 mars 1928, *Compétence des tribunaux de Dantzig (réclamations pécuniaires des fonctionnaires ferroviaires dantziens passés au service polonais contre Administration polonaise des chemins de fer)*, Recueil des avis consultatifs de la CPJI, Série B, n° 15, spé. p. 16-18.

¹⁰³ DUPUY P.-M., *L'individu et le droit international (Théorie des droits de l'homme et fondements du droit international)*, A.P.D., 1987, *Le droit international*, t. 32, p. 119 à 133, p. 121.

¹⁰⁴ SCIOTTI-LAM C., *L'applicabilité des traités relatifs aux droits de l'homme en droit interne*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 13.

relatives aux droits de l'homme est qu'« elles visent le contenu même de la réglementation juridique des États parties »¹⁰⁵.

Enfin, il reste à préciser que les critères d'applicabilité prennent la forme de conditions de fond dont l'examen est opéré si les conditions de formes sont d'ores et déjà jugées satisfaites. Ce n'est qu'une fois la norme examinée régulièrement entrée en vigueur dans l'ordre juridique que se pose réellement la question de son applicabilité. Ainsi, les normes non directement applicables sont des normes formellement parfaites et en vigueur dans l'ordre juridique français. Leur caractère non directement applicable résulte uniquement de leur contenu matériel. Par exemple, les stipulations d'un traité international régulièrement ratifié, publié et appliqué par les autres États signataires sont parfaites sur le plan formel et procédural mais nécessitent de satisfaire le critère objectif et le critère subjectif pour être directement applicables.

§ 2 La délimitation du champ de l'étude

En premier lieu, les normes non directement applicables ne peuvent revêtir ce caractère que si elles ont été régulièrement introduites en droit interne français. En vertu de l'article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958, la France est un État moniste, les normes internationales ne nécessitent donc pas de mesures de réception pour intégrer l'ordre juridique national. Par conséquent, la distinction théorique opérée par la doctrine internationale entre les normes immédiatement applicables et les normes directement applicables est sans objet dans le cadre de la présente étude : « est immédiatement applicable la règle internationale qui peut être appliquée par une autorité nationale sans être soumise à des formalités d'introduction qui en conditionnent l'efficacité interne »¹⁰⁶.

¹⁰⁵ WACHSMANN P., *Les méthodes d'interprétation des Conventions internationales relatives à la protection des droits de l'homme*, in *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, Colloque de la S.F.D.I., Paris, Pedone, 1998, p. 157 à 195, p. 171. Cité par Claudia SCIOTTI-LAM, *op. cit.*, p. 13.

¹⁰⁶ VERHOEVEN J., *op. cit.*, p. 252.

En second lieu, l'applicabilité de la norme est une notion distincte de son champ d'application. En effet, l'applicabilité de la règle juridique fait référence à son aptitude structurelle à régir une situation juridique. Le champ ou domaine d'application de la règle « *se dit non seulement des limites territoriales à l'intérieur desquelles la règle est applicable (un État, une circonscription, un ressort) mais aussi, au regard du droit substantiel, de l'ensemble des matières ou des personnes auxquelles s'applique la règle et, au regard du droit transitoire, du domaine d'application de la règle dans le temps* »¹⁰⁷. Il est enfin utile de préciser que le champ de l'étude se limite au droit public français, bien que certains éléments de la jurisprudence judiciaire et des droits étrangers soient intégrés à l'ensemble. La référence à ces éléments, notamment dans une perspective comparative, permet une meilleure compréhension des normes non directement applicables et de leurs possibilités d'invocation.

Par ailleurs, il est nécessaire d'identifier les principales catégories de dispositions de l'ordre juridique français considérées comme non directement applicables. Parmi les règles de valeur constitutionnelle, les alinéas 4¹⁰⁸, 5¹⁰⁹, 8¹¹⁰, 10¹¹¹, 11¹¹² et 12¹¹³ du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 sont régulièrement (mais non systématiquement) jugées non directement applicables par le Conseil d'État : les principes posés par ces dispositions « *ne s'impose[nt] au pouvoir réglementaire, en l'absence de précision suffisante, que dans les conditions et limites définies par les dispositions contenues dans les lois ou dans les conventions internationales*

¹⁰⁷ CORNU G., *op. cit.*, v^e « Application », premier sens, « Champ d'application », p. 73.

¹⁰⁸ CE 27 septembre 1985, *Association France Terre d'Asile*, Rec. p. 263.

¹⁰⁹ CE 28 décembre 2005, *Préfet de Haute-Savoie c. M. Burkan*, n° 274204, inédit au Recueil Lebon ; CE 13 mars 2009, *Coppa*, n° 319916, inédit au Recueil Lebon.

¹¹⁰ CE Sect. 15 décembre 1978, *Manufacture française des pneumatiques Michelin*, Rec. p. 508 ; CE 9 juillet 1986, *Syndicat des commissaires de police et des hauts fonctionnaires de la police*, Rec., Tables, p. 586 ; R.D.P., 1987, p. 250.

¹¹¹ CE 29 juillet 2002, *Bouزيد*, n° 234329, inédit au Recueil Lebon ; CE 28 septembre 2005, *Préfet du Gard*, n° 260485, inédit au Recueil Lebon.

¹¹² CE 28 juillet 2004, *Préfet de police c. Nait Saada*, n° 253927, inédit au Recueil Lebon.

¹¹³ CE 29 novembre 1968, *Sieur Tallagrand*, Rec. p. 606 ; reprenant le principe posé par CE 10 décembre 1962, *Société indochinoise des constructions électriques et mécaniques*, Rec. p. 676. Pour un exemple plus récent, voir CE 22 janvier 1997, *Société hôtelière de l'Anse heureuse*, n° 175215, inédit au Recueil Lebon.

incorporées au droit français »¹¹⁴. Il en va de même pour les articles 1^{er}, 2 et 6 de la Charte du droit de l'environnement de 2004 : « *lorsque des dispositions législatives ont été prises pour assurer la mise en œuvre des principes énoncés aux articles 1, 2 et 6 de la Charte de l'environnement de 2004, à laquelle le Préambule de la Constitution fait référence en vertu de la loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1^{er} mars 2005, la légalité des décisions administratives s'apprécie par rapport à ces dispositions* »¹¹⁵. Tel est également le cas de certaines dispositions qui nécessitent l'adoption d'une loi organique pour produire pleinement leurs effets. Il en va de même pour les objectifs de valeur constitutionnels, entendus comme des normes dégagées par le Conseil constitutionnel présentant une nature téléologique, un caractère de conditions objectives d'effectivité des droits et libertés constitutionnels et une fonction de protection des droits fondamentaux par la conciliation. Cette acception correspond à la définition construite dans les travaux de Pierre DE MONTALIVET¹¹⁶. Concrètement, le Conseil constitutionnel qualifie d'objectifs de valeur constitutionnelle une douzaine de règles : la sauvegarde de l'ordre public¹¹⁷, le respect de la liberté d'autrui¹¹⁸, le pluralisme¹¹⁹, la transparence financière des entreprises de presse¹²⁰, la protection de la santé publique¹²¹, la recherche des auteurs

¹¹⁴ Selon la formule de principe employée dans CE 27 septembre 1985, *Association France Terre d'Asile*, Rec. p. 263 ; constamment et régulièrement reprise depuis.

¹¹⁵ CE 19 juin 2006, *Association eau et rivières de Bretagne*, Rec., Tables, p. 703 et p. 956 ; B.J.C.L., 7/06, p. 475, concl. M. GUYOMAR ; A.J.D.A., p. 1584, chron. C. LANDAIS et F. LENICA ; R.F.D.A., 2007, p. 598, chron. A. ROBLOT-TROIZIER ; R.J.E., 2007, p. 425, ét. N. HUTEN et M.-A. COHENDET.

¹¹⁶ DE MONTALIVET P., *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, Paris, Dalloz, Bibliothèque parlementaire et constitutionnelle, 2006. Voir également DE MONTALIVET P., *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, C.C.C., 2005, n° 20, p. 169 à 175, p. 175 : « *leur unité réside dans leur détermination ambiguë et leur normativité limitée, mais surtout dans les deux facteurs explicatifs de cette détermination et de cette normativité : leur nature d'objectifs et leur caractère de conditions d'effectivité des droits et libertés constitutionnels. Les objectifs de valeur constitutionnelle ne sont pas des droits mais des buts assignés par la Constitution au législateur, qui constituent des conditions objectives d'effectivité des droits fondamentaux constitutionnels. Ils découlent des droits et libertés et servent à en déterminer la portée exacte. Ils servent moins à les limiter qu'à les protéger. La "clef d'interprétation" des objectifs réside ainsi dans l'effectivité des droits et libertés* ».

¹¹⁷ CC n° 82-141 DC, 27 juillet 1982, *Loi sur la communication audiovisuelle*, Rec. p. 48.

¹¹⁸ *Ibid.*

¹¹⁹ CC n° 86-217 DC, 18 septembre 1986, *Loi relative à la liberté de communication*, Rec. p. 141.

¹²⁰ CC n° 84-181 DC, 10 et 11 octobre 1984, *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse*, Rec. p. 78, G.D.C.C. n° 18.

¹²¹ CC n° 89-269 DC, 22 janvier 1990, *Égalité entre Français et étrangers*, Rec. p. 33.

d'infractions¹²², la lutte contre la fraude fiscale¹²³, la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent¹²⁴, l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi¹²⁵, l'équilibre financier de la sécurité sociale¹²⁶, l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives¹²⁷, l'égalité entre les collectivités territoriales¹²⁸. Le juge ordinaire, qu'il soit administratif ou judiciaire, reconnaît l'existence de certains d'entre eux, et les applique pour autant qu'ils soient mis en œuvre par une loi¹²⁹.

De plus, les règles issues du droit international et du droit de l'Union européenne étudiées résultent essentiellement de certaines stipulations internationales conventionnelles jugées dépourvues d'effet direct et des directives européennes. La lettre même du troisième alinéa de l'article 288 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, en stipulant que « *la directive lie tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens* », est interprétée – à l'origine – comme conférant un caractère nécessairement non directement applicable aux dispositions des directives. Quant aux stipulations des traités internationaux, il est possible d'illustrer le propos au moyen des articles 3-2 et 3-3 de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant¹³⁰, de l'article 4-4 de la Charte sociale européenne

¹²² CC n° 80-127 DC, 19 et 20 janvier 1981, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes*, Rec. p. 15.

¹²³ CC n° 99-424 DC, 29 décembre 1999, *Loi de finances pour 2000*, Rec. p. 156.

¹²⁴ CC n° 94-359 DC, 19 janvier 1995, *Loi relative à la diversité de l'habitat*, Rec. p. 176.

¹²⁵ CC n° 2006-540 DC, 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, Rec. p. 88.

¹²⁶ CC n° 2003-486 DC, 11 décembre 2003, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2004*, Rec. p. 467.

¹²⁷ CC n° 2000-429 DC, 30 mai 2000, *Loi tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives*, dite « *Quotas par sexe III* », Rec. p. 84.

¹²⁸ CC n° 2003-487 DC, 18 décembre 2003, *Loi portant décentralisation en matière de revenu minimum d'insertion et créant un revenu minimum d'activité*, Rec. p. 473.

¹²⁹ Par exemple, CE 19 janvier 1990, *Association « La télé est à nous »*, Rec. p. 9 ; CAA Nancy 4 décembre 2003, *Commune de Verdun*, n° 98NC02526 ; A.J.D.A., 2004, p. 82, note P. ROUSSELLE ; CE, ord. réf., 10 février 2012, *Fofana*, n° 356456, à paraître aux Tables du Recueil Lebon ; A.J.D.A., p. 716, note A. DURANTHON.

¹³⁰ CE Sect. 31 octobre 2008, *Section française de l'Observatoire international des prisons*, Rec. p. 374, concl. M. GUYOMAR ; R.F.D.A., 2009, p. 73, concl. ; A.J.D.A., p. 2389, chron. E. GEFFRAY et S.-J. LIÉBER ; Gaz. Pal., n° 348, 13 décembre 2008, p. 33, note M. GUYOMAR ; D., 2009, n° 2, p. 134, note M. HERZOG-EVANS ; D.A., janvier 2009, comm. n° 10, p. 31, note F. MELLERAY.

révisée¹³¹, de l'article 8 de la Convention de Rio de Janeiro sur la diversité biologique du 22 mai 1992¹³², des articles 7 et 8 de la Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement signée à Aarhus le 25 juin 1998¹³³, de l'article 12 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 19 décembre 1966¹³⁴ ou encore de l'alinéa 3 de l'article 87 du Traité instituant la Communauté européenne (désormais article 107, alinéa 3 du T.F.U.E.)¹³⁵. Il est par ailleurs nécessaire de préciser que la célèbre divergence de méthode entre le juge administratif, examinant le traité stipulation par stipulation, et le juge judiciaire, reconnaissant ou refusant l'applicabilité de l'ensemble de la convention, semble désormais résolue¹³⁶.

Quant aux normes d'origine internationale et de nature non conventionnelle, telles qu'identifiées à la lecture de la typologie des règles établie par l'article 38 du

¹³¹ CE 20 avril 1984, *Ministre délégué chargé du budget c. Melle Valton et autres*, Rec. p. 148.

¹³² CE 23 février 2009, *Fédération transpyrénéenne des éleveurs de montagne et autres*, Rec., Tables, p. 597, p. 846 et p. 914.

¹³³ CE 6 juin 2007, *Commune de Groslay et autres*, Rec. p. 237 ; A.J.D.A., p. 1527, concl. Y. AGUILA ; CE 16 novembre 2011, *Société Ciel et terre et autres*, n° 344972, à paraître aux Tables du Recueil Lebon : « les stipulations de l'article 8 de la convention pour l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement, signée à Aarhus le 25 juin 1998 (...) créent seulement des obligations entre les États parties à la convention et ne produisent pas d'effets directs dans l'ordre juridique interne ; qu'elles ne peuvent par suite être utilement invoquées ». Cette position est partagée par le juge de l'Union européenne : CJUE 8 mars 2011, *Lesoochranárske zoskupenie V.L.K.*, C-240/09, à paraître au Recueil des arrêts de la CJUE ; Europe, mai 2011, comm. n° 147, note D. SIMON.

¹³⁴ CE 26 septembre 2005, *Association « Collectif contre l'handiphobie »*, Rec. p. 391.

¹³⁵ CE Ass. 5 mars 2003, *Union nationale des services publics industriels et commerciaux et autres*, Rec. p. 107 ; A.J.D.A., p. 722, chron. F. DONNAT et D. CASAS ; B.J.C.P., n° 28, p. 209, concl. D. PIVETEAU et obs. C. MAUGÜÉ, R. SCHWARTZ, P. TERNEYRE ; D.A., mai 2003, comm. nos 107 et 108, p. 26, note A. MÉNÉMÉNIS ; D., Jurispr., p. 851, note J.-D. DREYFUS ; J.C.P., E., 630, chron. F. LINDITCH : « si les requérants invoquent la méconnaissance par le 1^o de l'article 3 des stipulations de l'article 87 du Traité de Rome, ce dernier est sans effet direct ; que, par suite, le moyen est inopérant ».

¹³⁶ Cass. civ. 1^{ère} 18 mai 2005, n° 02-16.336 et n° 02-20.613 (deux espèces), *Michel X. c. Rachel Y. et autre*, et *François X. c. Nicole Y.*, Bull. civ. I, n° 211 et n° 212 ; J.C.P., G., II, 10081 ; Droit de la famille, nos 7-8, comm. n° 56 et n° 153 ; Gaz. Pal., n° 184 à 186, 3-5 juillet 2005, p. 9, note A.-S. COURDIER-CUISINIER ; Droit et patrimoine, n° 140, p. 101 ; A.J.F., nos 7-8, p. 274.

statut de la Cour internationale de justice¹³⁷, visé par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 22 janvier 1999¹³⁸, seuls « *la coutume internationale comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant de droit* » et « *les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées* » peuvent être des normes non directement applicables au sens retenu par cette étude. En effet, « *la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations* » et « *les décisions judiciaires* » n'entrent pas dans le cadre de la définition de la norme juridique. Contrairement à la jurisprudence développée par le juge judiciaire¹³⁹, le juge administratif évite la mention ou la référence aux normes de droit international non écrit¹⁴⁰ et retient des solutions contraires à leurs prescriptions¹⁴¹. Si les juridictions françaises ne semblent pas opérer de distinction entre la coutume et les principes généraux du droit international et, bien que la dichotomie soit sujette à controverses en droit international, il est nécessaire de les définir. La coutume se caractérise traditionnellement par la répétition d'actes (élément objectif et matériel) et *l'opinio juris*, la conviction que la pratique s'inscrit dans l'obéissance à une règle juridique (élément subjectif et psychologique)¹⁴². Les principes généraux du droit international sont composés des principes communs aux

¹³⁷ « *La Cour, dont la mission est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis, applique : Les conventions internationales, soit générales, soit spéciales, établissant des règles expressément reconnues par les États en litige ; La coutume internationale comme preuve d'une pratique générale, acceptée comme étant le droit ; Les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées ; Sous réserve de la disposition de l'Article 59, les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations, comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit* ». L'article 59 indique que « *la décision de la Cour n'est obligatoire que pour les parties en litige et dans le cas qui a été décidé* ».

¹³⁸ CC n° 98-408 DC, 22 janvier 1999, *Loi autorisant la ratification de la convention portant statut de la Cour pénale internationale*, Rec. p. 29.

¹³⁹ Par exemple Cass. crim. 13 mars 2001, n° 00-87.215, *Association X. et Mme Y. c. A.*, Bull. crim. n° 64 ; R.G.D.I.P., p. 474, note F. POIRAT, p. 507, concl. de l'Avocat général J.-Y. LAUNAY ; D., Jurispr., p. 2631, note J.-F. ROULOT ; J.D.I., 2002, p. 804, note C. SANTULLI.

¹⁴⁰ CE Sect. 18 avril 1986, *Société Les mines de potasse d'Alsace c. Province de la Hollande septentrionale et autres*, Rec. p. 116 ; R.G.D.I.P., p. 597, note J.-F. CHAMBAULT ; A.J.D.A., p. 292, chron. M. AZIBERT et M. FORNACCIARI ; R.F.D.A., 1987, p. 479, concl. M. DANDELLOT, note D. RUZIÉ, p. 492.

¹⁴¹ CE Sect. 22 novembre 1957, *Myrtoom Steamship et Cie*, Rec. p. 632 ; D., 1958, Jurispr., p. 10, concl. C. HEUMANN ; ou CE Ass. 30 mars 1966, *Société Ignazio Messina*, Rec. p. 258 ; R.D.P., p. 789, concl. N. QUESTIAUX ; A.J.D.A., p. 349, chron. J.-P. PUISSOCHET et J.-P. LECAT ; R.G.D.I.P., p. 1056, note C. ROUSSEAU ; R.D.P., 1967, p. 143, note M. WALINE ; J.C.P., G., II, 1967, 15024, note E. LANGAVANT.

¹⁴² Cf. CORNU G., *op. cit.*, v^e « Coutume », second sens, « Coutume internationale », p. 280 : « *Manière d'agri, qui, par son caractère constant et uniforme, engendre chez les sujets du Droit international qui s'y plient le sentiment collectif de l'obéissance à une règle juridique et constitue une source du Droit international dont l'aire géographique est variable* ».

ordres juridiques internes et transposés dans l'ordre juridique international. L'applicabilité des principes généraux du droit international est consacrée pour la première fois par la Section du Conseil d'État en 1987 dans le cadre du contentieux de la responsabilité¹⁴³, puis en matière de contentieux fiscal en 2000¹⁴⁴. Quant à la coutume internationale, l'Assemblée du Conseil d'État reconnaît implicitement son applicabilité à l'occasion de l'affaire *Aquarone* : « ni [l'article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958] ni aucune autre disposition de valeur constitutionnelle ne prescrit ni n'implique que le juge administratif fasse prévaloir la coutume internationale sur la loi en cas de conflit entre ces deux normes ; qu'ainsi, en écartant comme inopérant le moyen tiré par M. Aquarone de la contrariété entre la loi fiscale française et de telles règles coutumières, la cour administrative d'appel, qui a également relevé que la coutume invoquée n'existait pas, n'a pas commis d'erreur de droit »¹⁴⁵. Dans une décision du 14 octobre 2011, la Haute juridiction reconnaît qu'une telle règle peut servir de fondement à l'engagement de la responsabilité sans faute de l'État français du fait d'une règle coutumière du droit

¹⁴³ CE Sect. 23 octobre 1987, *Société Nachfolger Navigation Compagny Ltd. et autres*, Rec. p. 319, R.F.D.A., p. 963, concl. J. MASSOT ; A.J.D.A., p. 725, chron. M. AZIBERT et M. BOISDEFFRE ; R.D.P., 1988, p. 836, note J.-M. AUBY ; R.F.D.A., 1988, p. 345, note D. RUZIÉ ; D., 1988, Somm., p. 370, comm. F. MODERNE et P. BON : « dans les circonstances susrappelées, l'autorité maritime française a pu, afin de parer au danger grave et immédiat que constituait l'épave de l'Ammersee tant pour la sécurité des côtes et des eaux territoriales françaises que pour la sécurité de la navigation dans ces eaux et alors qu'aucune autre mesure n'était susceptible d'écartier le danger ainsi créé, ordonner la destruction en haute mer de cette épave sans méconnaître aucun principe de droit international ».

¹⁴⁴ CE 28 juillet 2000, *Paulin*, Rec. p. 317 ; R.D.P., 2001, p. 1109, chron. G. TEBOUL ; D., 2001, Jurispr., p. 411, note G. TIXIER ; Dr. fisc., 2001, n° 163, concl. J. ARRIGHI DE CASANOVA ; R.G.D.I.P., 2001, p. 239, note F. POIRAT ; A.F.D.I., 2001, p. 529, obs. J.-F. LACHAUME.

¹⁴⁵ CE Ass. 6 juin 1997, *Aquarone*, Rec. p. 206, concl. G. BACHELIER ; Dr. fisc., n° 29, p. 961, comm. 836, concl. ; R.G.D.I.P., p. 838, concl., p. 1053, note D. ALLAND ; R.F.D.A., p. 1068, concl. ; A.J.D.A., p. 570, note D. CHAVALUX et T.-X. GIRARDOT ; J.C.P., G., II, 22945, note G. TEBOUL ; D.A., juillet 1997, comm. n° 250, p. 24, note G. TEBOUL ; L.P.A., n° 16, 6 février 1998, p. 18, note P.-M. MARTIN ; J.D.I., 1998, p. 93, note O. CHÂMES.

public international¹⁴⁶. La logique juridique commande que les principes généraux du droit international et la coutume internationale soient soumis aux mêmes règles d'applicabilité matérielle que les normes conventionnelles. Or, eu égard à leur mode de formation, elles sont *a priori* moins à même de satisfaire les deux critères. Si le commissaire du Gouvernement Gilles BACHELIER a expressément précisé qu'« un particulier ne peut en effet se prévaloir d'une coutume que si elle lui confère des droits et est suffisamment précise »¹⁴⁷, aucune décision ne confirme cette démarche et la question reste ainsi ouverte. L'arrêt *Mme Om Hashem Saleh et autres*¹⁴⁸ se contente ainsi de constater « que la règle coutumière du droit public international d'immunité d'exécution des États, qui n'est écartée ni par [l'article 1^{er} de la loi du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution] ni par aucune autre disposition législative, s'applique dans l'ordre juridique interne ». Le droit international non écrit fait l'objet d'un très petit nombre d'affaires, est rarement invoqué et, de surcroît, doté en droit interne d'une autorité inférieure à celles des normes conventionnelles, à l'inverse des principes généraux du droit de l'Union européenne, qui sont d'applicabilité directe dans le cadre de son champ d'application. Dégagés de manière prétorienne par la Cour de justice de l'Union européenne à partir du droit international et des droits internes des États membres, ces derniers ont pour particularité de constituer l'une des bases essentielles de la consécration de droits fondamentaux dans l'ordre juridique de l'Union, notamment par renvoi aux stipulations de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales telles

¹⁴⁶ CE Sect. 14 octobre 2011, *Mme Om Hashem Saleh et autres*, n° 329788, à paraître au Recueil Lebon ; R.F.D.A., 2012, p. 46, concl. C. ROGER-LACAN ; R.G.D.I.P., 2012, p. 195, note J. MARTRINGE et M. GRANGE : « considérant qu'il résulte d'une règle coutumière du droit public international que les États bénéficient par principe de l'immunité d'exécution pour les actes qu'ils accomplissent à l'étranger ; que cette immunité fait obstacle à la saisie de leurs biens, à l'exception de ceux qui ne se rattachent pas à l'exercice d'une mission de souveraineté ; considérant qu'en vertu du quatorzième alinéa du Préambule de la constitution du 27 octobre 1946, auquel se réfère le Préambule de la Constitution du 4 octobre 1958, la République française, fidèle à ses traditions, se conforme aux règles du droit public international ; que l'article 1^{er} de la loi du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution prévoit que l'exécution forcée et les mesures conservatoires ne sont pas applicables aux personnes qui bénéficient d'une immunité d'exécution ; qu'il en résulte que la règle coutumière du droit public international d'immunité d'exécution des États, qui n'est écartée ni par cette loi ni par aucune autre disposition législative, s'applique dans l'ordre juridique interne ; que la responsabilité de l'État est, par suite, susceptible d'être recherchée, sur le fondement de la rupture de l'égalité devant les charges publiques, dans le cas où son application entraîne un préjudice grave et spécial ».

¹⁴⁷ BACHELIER G., concl. sur CE Ass. 6 juin 1997, *Aquarone*, R.F.D.A., p. 1068 à 1081, p. 1076.

¹⁴⁸ CE Sect. 14 octobre 2011, *Mme Om Hashem Saleh et autres*, précité.

qu'interprétées par la Cour européenne des Droits de l'Homme. Concernant pour une grande partie les droits fondamentaux¹⁴⁹, ils ont ainsi vocation à être d'applicabilité directe. Ces principes s'imposent tant aux institutions et organes de l'Union européenne qu'aux États membres dès lors qu'ils agissent dans le champ du droit de l'Union¹⁵⁰.

En outre, certaines dispositions des lois et des actes réglementaires sont également susceptibles d'être qualifiées de normes non directement applicables par le jeu du critère objectif. Le juge se refuse en effet à appliquer une règle législative ou administrative trop imprécise¹⁵¹, ou une loi dont l'application est subordonnée à l'édition de mesures complémentaires¹⁵². S'adressant à l'Assemblée du contentieux, dans ses conclusions sur l'arrêt *Vériter*, le commissaire du Gouvernement Daniel LÉVIS constate : « en réalité, vous vous montrez réticents à déclarer un texte

¹⁴⁹ Les autres principes généraux du droit de l'Union européenne sont de nature structurelle, en ce qu'ils gouvernent, par exemple, la répartition des compétences, la primauté du droit de l'Union européenne, le fonctionnement du marché commun... Cf. notamment REUTER P., *Le recours de la Cour de justice des Communautés européennes à des principes généraux du droit*, in *Problèmes de droit des gens*, Mélanges Henri ROLIN, Paris, Pedone, 1964, p. 263 ; SIMON D., *Y a-t-il des principes généraux du droit communautaire ?*, Droits, 1991, n° 14, p. 73 ; SIMON D., *Le système juridique communautaire*, P.U.F., Collection Droit fondamental, 3^e éd., 2003, spé. p. 358 et suivantes.

¹⁵⁰ Pour les institutions, TPICE 16 février 2000, *The Procter & Gamble Company c. Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (marques, dessins et modèles)*, T-122/99, Rec., II, p. 265. Concernant les États membres, CJCE 13 juillet 1989, *Hubert Wachauf c. Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft*, 5/88, Rec. p. 2609 ; CJCE 18 juin 1991, *Elliniki Radiophonia Tileorassi (E.R.T.) A.E. c. Dimotiki Etaira Pliroforissis et Sotirios Kouvelas*, C-260/89, Rec., I, p. 2925 ; CJCE 4 octobre 1991, *Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd c. Stephen Grogan et autres*, C-159/90, Rec., I, p. 4685 ; CJCE 8 avril 1992, *Commission c. Allemagne*, C-62/90, Rec., I, p. 2575 ; CJCE 24 mars 1994, *The Queen c. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte : Dennis Clifford Bostock*, C-2/92, Rec., I, p. 955 ; CJCE 3 décembre 1998, *Belgocodex S.A. c. État belge*, C-381/97, Rec., I, p. 8153 ; CJCE 18 mai 2000, *Procédure pénale c. Max Rombi et Arkopharma S.A., civilement responsable*, C-107/97, Rec., I, p. 3367 ; CJCE 8 juin 2000, *Grunstückgemeinschaft Schloßstratze GbR c. Finanzamt Paderborn*, C-396/98, Rec., I, p. 4279.

¹⁵¹ CE Sect. 10 janvier 1958, *Sieur Bourgin*, Rec. p. 25 ; CE 26 octobre 1960, *Ministre des Anciens Combattants et Victimes de la guerre c. Dame Mériot*, Rec. p. 556.

¹⁵² CE 5 octobre 1960, *Secrétaire d'État aux P.T.T. c. Sieur Evrard*, Rec. p. 509-510 ; CE Ass. 10 mars 1961, *Union départementale des associations familiales de la Haute-Savoie*, Rec. p. 172 ; CE 20 novembre 1964, *Sieur Bonnec*, Rec. p. 565 ; CE Sect. 22 juin 1979, *Fasbender et Ding*, Rec. p. 284. Pour des exemples plus récents, voir CE Sect., Avis, 4 juin 2007, *Lagier et Consorts Guignon*, Rec. p. 228 ; A.J.D.A., p. 1800, Chron. J. BOUCHER et B. BOURGEOIS-MACHUREAU ; R.D.S.S., p. 680, concl. L. DEREPAIS ; J.C.P., E., 1897, ét. C. GUETTIER ; J.C.P., A., 2008, 2055, comm. C. PAILLARD ; et, CE 21 mars 2008, *Société Megaron*, Rec., Tables, p. 594, p. 595, et p. 961 ; A.J.D.A., p. 669 ; J.C.P., G., II, 10104, note H. KENFACK ; D.A., comm. n° 76, p. 31, concl. A. COURRÈGES ; B.J.C.L., p. 423, concl. et obs. B.P. ; J.C.P., A., 2086, concl., 2087, note P. BILLET ; ou encore, CAA Nantes, ord. réf., 29 août 2008, *M. G. M.*, n° 08NT01819, A.J.D.A., p. 2445, note R. V.

inapplicable par lui-même lorsque son auteur, particulièrement s'il s'agit du législateur, n'a pas renvoyé à des textes d'application. Vous interprétez en effet l'absence de renvoi comme une présomption, un indice, de la volonté de l'auteur de l'acte de conférer à ce dernier la valeur d'un texte applicable par lui-même »¹⁵³.

Enfin, les circulaires et directives administratives sont initialement considérées comme contenant des normes non directement applicables, en ce qu'elles « sont normalement des « mesures d'ordre intérieur » (à l'administration), sans effets ou sans effets directs sur les administrés, parce qu'elles ne modifient pas par elles-mêmes l'état du droit »¹⁵⁴. En effet, les circulaires sont, en théorie, destinées à commenter le droit positif et à en expliquer l'application. En pratique, la définition de la circulaire administrative s'avère bien différente. « La circulaire administrative est un acte à portée normative variable, s'échelonnant de l'interprétation à la création. L'existence de dispositions impératives, reconnues explicitement ou implicitement par le juge, conditionne la recevabilité d'un recours contre elle. Son absence de publication sur le site internet dédié¹⁵⁵ en porte abrogation et une publication postérieure n'a pas pour effet de la remettre en vigueur. Une exception à l'obligation de mise en ligne porte sur les circulaires et instructions publiées avant le 1^{er} mai 2009 dont la loi permet à un administré de se prévaloir »¹⁵⁶. Les directives administratives visent à encadrer l'édition d'actes individuels¹⁵⁷, voire, très exceptionnellement, d'acte réglementaires¹⁵⁸ ou « mixtes »¹⁵⁹, comme le relève

¹⁵³ LÉVIS D., concl. sur CE Ass. 23 juin 1989, *Vériter*, Rec. p. 146 à 151, p. 147.

¹⁵⁴ CHAPUS R., *Droit du contentieux administratif*, Paris, Montchrestien, 13^e éd., 2008, p. 547.

¹⁵⁵ www.circulaires.gouv.fr.

¹⁵⁶ CHALTIEL F., *Actualité des circulaires*, A.J.D.A., 2011, p. 1930 à 1935, p. 1935.

¹⁵⁷ CE Sect. 11 décembre 1970, *Crédit Foncier de France c. Demoiselle Gaupillat et Dame Ader*, Rec. p. 750, concl. L. BERTRAND ; A.J.D.A., 1971, p. 196, note H.T.C. ; D., 1971, p. 672, note D. LOSCHAK ; R.D.P., 1971, p. 1224, note M. WALINE ; J.C.P., G., 1972, II, 17232, note M. FROMONT ; G.A.J.A. n° 84. Voir également CE 23 mai 1980, *Agence nationale pour l'amélioration de l'habitat (A.N.A.H.)*, Rec. p. 238 ; D., 1980, I.R., p. 558, obs. P. DELVOLVÉ ; CE 25 juillet 1985, *Mme Blat*, Rec., Tables, p. 483 et p. 680 ; CE 12 novembre 1986, *Winterstein*, Rec., Tables, p. 338 ; CE 14 décembre 1988, *S.A. Gilbert Marine*, Rec. p. 444 ; A.J.D.A., 1989, p. 266, note J.-B. AUBY.

¹⁵⁸ Pour l'exemple d'une déclaration d'utilité publique : CE 21 janvier 1981, *Henry et autres*, Rec., Tables, p. 557, p. 578, p. 961 et p. 962 ; Droit et ville, n° 11, p. 145, note F. BOUYSSOU ; CE 28 septembre 1984, *Association de défense du site du Lavandou Saint-Clair*, n° 26334, inédit au Recueil Lebon ; D.A., octobre 1984, n° 409.

Martine CLIQUENNOIS¹⁶⁰. Ces deux instruments juridiques sont ainsi conçus comme des actes internes à l'administration et s'adressent aux agents, dans un souci d'harmonisation de l'action administrative. Il n'en demeure pas moins que leurs dispositions peuvent avoir des effets réels et concrets sur la situation des administrés. Il reste à préciser que ces actes sont les seules techniques juridiques propres à l'État providence envisagées par cette étude, dans la mesure où les autres instruments en relevant – la *soft law*, le pilotage des secteurs régulés, l'encadrement des autorités de régulation etc. – n'entrent généralement pas dans le cadre de la notion de norme précédemment développée.

§ 3 La problématique de l'étude

Selon la formulation de principe employée par le juge administratif, les normes de valeur constitutionnelle non directement applicables ne s'imposent « à l'autorité administrative, en l'absence de précision suffisante, que dans les conditions et les limites définies par les dispositions contenues dans les lois ou dans les conventions internationales incorporées au droit français ». Par suite, le requérant ne saurait « utilement (...) invoquer ce principe indépendamment desdites dispositions »¹⁶¹. En revanche, dans l'affaire *Dehaene*¹⁶², la Haute Assemblée décide qu'en l'absence de réglementation du droit de grève annoncée par l'alinéa 7 du Préambule de 1946¹⁶³, « la reconnaissance du droit de grève ne saurait avoir pour conséquence d'exclure les

¹⁵⁹ Pour un permis de construire, voir TA Nice 26 octobre 1989, *Mme Maestri*, Rec., Tables, p. 434, p. 984 et p. 1002 ; et s'agissant d'une concession d'endiguage, cf. CE 26 juin 1985, *Association trinitaine de défense de la pêche à pied et de l'environnement*, Rec. p. 207 ; L.P.A., 7 décembre 1985, p. 2, note F. MODERNE.

¹⁶⁰ CLIQUENNOIS M., *Que reste-t-il des directives ? À propos du vingtième anniversaire de l'arrêt « Crédit foncier de France »*, A.J.D.A., 1992, p. 3 à 14, p. 4.

¹⁶¹ Selon la formule de principe employée dans CE 27 septembre 1985, *Association France Terre d'Asile*, Rec. p. 263 ; constamment et régulièrement reprise depuis.

¹⁶² CE Ass. 7 juillet 1950, *Dehaene*, Rec. p. 426 ; R.D.P., p. 691, concl. F. GAZIER, note M. WALINE ; J.C.P., G., II, 5681, concl. ; R.A., p. 366, concl., note G. LIET-VEAUX ; Dr. Soc., p. 317, concl. ; S., III, p. 109, note J.D.V. ; D., p. 538, note M. A. GERVAIS ; G.A.J.A. n° 62 ; et, plus récemment, CE 30 novembre 1998, *Mme Rosenblatt et autres*, Rec., Tables, p. 987 ; CE 11 juin 2010, *Syndicat SUD R.A.T.P.*, Rec., Tables, p. 606, p. 798, p. 819, et p. 1003 ; A.J.D.A., p. 1719, concl. F. LENICA ; R.J.E.P., n° 681, décembre 2010, p. 23, concl. ; Dr. soc., p. 1099, note F. DUQUESNE.

¹⁶³ « Le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent ».

limitations qui doivent être apportées à ce droit, comme à tout autre, en vue d'en éviter un usage abusif ou contraire aux nécessités de l'ordre public ; qu'en l'état actuel de la législation il appartient au gouvernement, responsable du bon fonctionnement des services publics, de fixer lui-même, sous le contrôle du juge, en ce qui concerne ces services, la nature et l'étendue desdites limitations »¹⁶⁴. Le juge se réfère aux « dispositions précises et inconditionnelles » d'une directive européenne afin d'en déterminer l'invocabilité contre un acte non réglementaire¹⁶⁵ ou d'opérer le contrôle spécifique de conformité instauré par la jurisprudence *Arcelor*¹⁶⁶. Plus encore, l'invocabilité des stipulations d'une convention internationale est traditionnellement considérée comme condition de leur capacité à produire des effets directs. Ainsi, le juge administratif constate que les « stipulations, qui ne produisent pas d'effets directs à l'égard des particuliers, ne peuvent être utilement invoquées »¹⁶⁷, que le justiciable « ne peut utilement se prévaloir des articles 3-2 et 3-3 [de la convention relative aux droits de l'enfant du 26 janvier 1990], qui sont dépourvus d'effet

¹⁶⁴ Cette démarche est régulièrement réaffirmée, notamment dans CE Sect. 17 mars 1997, *Fédération nationale des syndicats du personnel des industries de l'énergie électrique, nucléaire et gazière*, Rec. p. 89 ; C.J.E.G., n° 534, p. 264, concl. J.-D. COMBREXELLE, p. 274, note J.-P. PAPIN ; Dr. Soc., n° 5, p. 534, obs. J.-E. RAY ; A.J.D.A., p. 534, note M. BELLANGER et G. DARCY ; et, CE 27 février 1998, *Syndicat national des personnels de l'Éducation surveillée – Protection judiciaire de la jeunesse*, n° 171055, inédit au Recueil Lebon. La comparaison avec la jurisprudence constitutionnelle, affirmant qu'« il appartient au législateur (...) de définir les conditions d'exercice du droit de grève et du droit syndical et, ainsi, de tracer avec précision la limite séparant les actes et comportements licites des actes et comportements fautifs » est, à ce titre, intéressante : CC n° 82-144 DC, 22 octobre 1982, *Loi relative au développement des institutions représentatives du personnel*, Rec. p. 61, considérant 9, p. 62. La reprise la plus récente est celle de l'arrêt CE 8 mars 2006, *Onesto et autres*, Rec. p. 113 ; A.J.F.P., p. 206, concl. R. KELLER ; R.F.D.A., p. 1236, concl. ; J.C.P., G., I, 150, Chron. B. PLESSIX ; C.J.E.G., n° 633, p. 307, note H. CASSAGNABÈRE ; D.A., juin 2006, comm. n° 98, p. 29, note M. LOMBARD.

¹⁶⁵ CE Ass. 30 octobre 2009, *Mme Perreux*, précité.

¹⁶⁶ CE Ass. 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*, Rec. p. 55, concl. M. GUYOMAR ; R.F.D.A., p. 384, concl., p. 565, note A. LEVADE, p. 578, note X. MAGNON, p. 601, chron. A. ROBLOT-TROIZIER, p. 789, note A. CANEDO-PARIS ; R.T.D.E., p. 378, concl. et note P. CASSIA ; R.D.P., p. 1031, note J. ROUX ; Dr. Env., n° 147, p. 83, comm. S. ROUSSEAU ; D.A., mai 2007, ét. n° 7, p. 9, note M. GAUTIER et F. MELLERAY ; L.P.A., n° 133, 4 juillet 2007, p. 23, note P. CHRESTIA ; R.J.E.P., p. 298, comm. n° 6, note B. PLESSIX ; R.G.D.I.P., p. 970, note J. MATRINGE ; D., n° 32, Ét. et comm., p. 2272, note M. VERPEAUX ; J.C.P., A., 2081, note G. DRAGO ; G.A.J.A. n° 114.

¹⁶⁷ Selon la formule de principe fixée par CE Sect. 23 avril 1997, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (G.I.S.T.I.)*, Rec. p. 142, concl. R. ABRAHAM ; R.F.D.A., p. 585, concl. ; D., 1998, Jurispr., p. 15 ; A.J.D.A., p. 435, chron. D. CHAVAUUX et T.-X. GIRARDOT ; R.G.D.I.P., 1998, p. 203, ét. D. ALLAND. Cette formule est constamment et régulièrement reprise depuis. Pour un exemple récent relatif à l'article 10 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, ainsi qu'aux articles 12 et 13 de la Charte sociale européenne révisée, voir CE 23 décembre 2010, *Association Aides, Association des familles victimes du saturnisme (A.F.V.S.), Comité médical pour les exilés (C.O.M.E.D.E.) et Groupement d'information et de soutien des travailleurs immigrés (G.I.S.T.I.)*, Rec., Tables, p. 774 et p. 991 ; A.J.D.A., 2011, p. 463, concl. C. LANDAIS.

direct »¹⁶⁸, ou au contraire que « *le premier alinéa de cet article, qui produit des effets directs à l'égard des particuliers, ouvre le droit (...) à l'inscription au tableau de l'ordre des médecins en France* »¹⁶⁹. Par un arrêt récent, l'Assemblée du contentieux du Conseil d'État décide qu'il est possible, « *sous réserve des cas où serait en cause l'ordre juridique intégré que constitue l'Union européenne* », d'invoquer la contrariété à un traité international d'une décision administrative qui fait application des stipulations « *inconditionnelles* » d'un autre traité ou d'un autre accord international¹⁷⁰. Le Rapporteur public Julien BOUCHER souligne que la décision administrative peut être considérée comme faisant application des stipulations inconditionnelles d'une convention internationale quand celles-ci ne laissent « *à l'autorité compétente aucune marge d'appréciation quant au sens de la mesure à prendre* »¹⁷¹.

¹⁶⁸ CE Sect. 31 octobre 2008, *Section française de l'Observatoire international des prisons*, Rec. p. 374, concl. M. GUYOMAR ; R.F.D.A., 2009, p. 73, concl. ; A.J.D.A., p. 2389, chron. E. GEFFRAY et S.-J. LIÉBER ; Gaz. Pal., n° 348, 13 décembre 2008, p. 33, note M. GUYOMAR ; D., 2009, n° 2, p. 134, note M. HERZOG-EVANS ; D.A., janvier 2009, comm. 10, p. 31, note F. MELLERAY.

¹⁶⁹ CE Ass. 9 juillet 2010, *Mme Chériet-Benseghir*, Rec. p. 251, concl. G. DUMORTIER ; A.J.D.A., p. 1396, p. 1635, chron. S.-J. LIÉBER et D. BOTTEGHI ; D., p. 2868, obs. O. BOSKOVIC, S. CORNELOUP, F. JAULT-SESEKE, N. JOUBERT et K. PARROT ; R.F.D.A., p. 1133, concl., p. 1146, note J.-F. LACHAUME ; N.C.C.C., p. 206, note A. ROBLOT-TROIZIER ; D.A., n° 10, octobre 2010, p. 131, note M. GAUTIER.

¹⁷⁰ CE Ass. 23 décembre 2011, *Eduardo José Kandyryne de Brito Paiva*, à paraître au Recueil Lebon ; R.F.D.A., 2012, p. 1, concl. J. BOUCHER ; p. 26, note D. ALLAND : « *lorsque le juge administratif est saisi d'un recours dirigé contre un acte portant publication d'un traité ou d'un accord international, il ne lui appartient pas de se prononcer sur la validité de ce traité ou de cet accord au regard d'autres engagements internationaux souscrits par la France ; qu'en revanche, sous réserve des cas où serait en cause l'ordre juridique intégré que constitue l'Union européenne, peut être utilement invoqué, à l'appui de conclusions dirigées contre une décision administrative qui fait application des stipulations inconditionnelles d'un traité ou d'un accord international, un moyen tiré de l'incompatibilité des stipulations, dont il a été fait application par la décision en cause, avec celles d'un autre traité ou accord international ; qu'il incombe dans ce cas au juge administratif, après avoir vérifié que les stipulations de cet autre traité ou accord sont entrées en vigueur dans l'ordre juridique interne et sont invocables devant lui, de définir, conformément aux principes du droit coutumier relatifs à la combinaison entre elles des conventions internationales, les modalités d'application respectives des normes internationales en débat conformément à leurs stipulations, de manière à assurer leur conciliation, en les interprétant, le cas échéant, au regard des règles et principes à valeur constitutionnelle et des principes d'ordre public ; que dans l'hypothèse où, au terme de cet examen, il n'apparaît possible ni d'assurer la conciliation de ces stipulations entre elles, ni de déterminer lesquelles doivent dans le cas d'espèce être écartées, il appartient au juge administratif de faire application de la norme internationale dans le champ de laquelle la décision administrative contestée a entendu se placer et pour l'application de laquelle cette décision a été prise et d'écartier, en conséquence, le moyen tiré de son incompatibilité avec l'autre norme internationale invoquée, sans préjudice des conséquences qui pourraient en être tirées en matière d'engagement de la responsabilité de l'État tant dans l'ordre international que dans l'ordre interne* »

¹⁷¹ BOUCHER J., concl. sur CE Ass. 23 décembre 2011, *Eduardo José Kandyryne de Brito Paiva*, R.F.D.A., 2012, p. 1 à 16, p. 9.

Il est possible d'opérer deux séries d'observations en se fondant sur cette rapide présentation. Par contraste avec les normes directement applicables, les normes non directement applicables ne sont, d'une part, pas invocables, ou pas invocables « par elles-mêmes » dans le cadre d'une procédure juridictionnelle ouverte devant le juge administratif. D'autre part, la détermination du caractère directement applicable ou non d'une règle invoquée semble particulièrement ambiguë. Cette incertitude se révèle notamment par l'existence de certains « *cas-limites* », selon l'expression employée par René CHAPUS à propos de l'invocabilité des dispositions du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946¹⁷². Ainsi, le principe posé par l'alinéa 12, qui énonce que « *la Nation proclame la solidarité et l'égalité de tous les Français devant les charges qui résultent des calamités nationales* », « *ne saurait servir de base à une action contentieuse en indemnité* » en l'absence de disposition législative en assurant l'application¹⁷³. Mais le Conseil d'État accepte d'apprécier la légalité d'un décret au regard des « *principes de solidarité nationale et d'égalité devant les charges publiques* »¹⁷⁴. De même, l'invocabilité de l'alinéa 10 du Préambule¹⁷⁵ est tantôt admise à l'encontre de la légalité d'un décret limitant les possibilités de regroupement familial¹⁷⁶, tantôt refusée à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir dirigé contre un arrêté de reconduite à la frontière¹⁷⁷. Les importantes incohérences

¹⁷² CHAPUS R., *Droit administratif général*, t. 1, Paris, Montchrestien, 15^e éd., 2001, p. 45.

¹⁷³ CE 29 novembre 1968, *Sieur Tallagrand*, Rec. p. 606 ; reprenant le principe posé par CE 10 décembre 1962, *Société indochinoise des constructions électriques et mécaniques*, Rec. p. 676.

¹⁷⁴ CE 5 juillet 2000, *Association nationale de défense des rapatriés et autres*, Rec., Tables, p. 811 et p. 1116 ; la solution est reprise peu après par CE 27 novembre 2000, *Arthaud et autres*, n° 211088, inédit au Recueil Lebon : « *considérant que le Premier ministre pouvait, dans l'exercice de son pouvoir réglementaire, sans méconnaître les principes de solidarité nationale et d'égalité devant les charges publiques, subordonner en son article 11, le versement de l'aide instituée à la régularité de la situation fiscale du demandeur* ».

¹⁷⁵ « *La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement* ».

¹⁷⁶ CE Ass. 8 décembre 1978, *Groupeement d'information des travailleurs immigrés (G.I.S.T.I.), Confédération française démocratique du travail (C.F.D.T.) et Confédération générale du travail (C.G.T.)*, Rec. p. 493, concl. P. DONDOUX ; Dr. ouvrier, 1979, p. 1, note M. BONNECHÈRE ; A.J.D.A., 1979, p. 38, note O. DUTHEILLET DE LAMOTHE et Y. ROBINEAU ; Dr. Soc., 1979, p. 57, concl. ; D., 1979, p. 661, note L. HAMON ; G.A.J.A. n° 87.

¹⁷⁷ CE 29 juillet 2002, *Bouzid*, n° 234329, inédit au Recueil Lebon : « *le principe posé par les dispositions du dixième alinéa du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, auquel se réfère la constitution du 4 octobre 1958, aux termes desquelles : "La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement" ne s'impose au pouvoir réglementaire, en l'absence de précision suffisante, que dans les conditions et les limites définies par les dispositions contenues dans les lois ou dans les conventions internationales incorporées au droit français ; que, par suite, M. Bouzid ne saurait utilement, pour critiquer la légalité de l'arrêté de reconduite à la frontière attaqué, invoquer ce principe indépendamment desdites dispositions* ».

dans la prise en compte contentieuse des normes non directement applicables découlent pour partie du laconisme des formules employées. Sur ce point, les différences entre le juge administratif français, le Conseil constitutionnel et la Cour de justice de l'Union européenne sont notables. Elles peuvent également s'expliquer par certaines considérations d'opportunité politique, comme en témoignent par exemple la solution de l'applicabilité directe de l'alinéa 7 du Préambule de 1946 retenue dans l'affaire *Dehaene*¹⁷⁸, ou le développement des jurisprudences « européennes » du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État suite à l'introduction des articles 88-1 à 88-7 dans le texte constitutionnel (Titre XV : De l'Union européenne).

En outre, si tant est que les normes non directement applicables puissent former un ensemble, ce dernier correspond à une variété hétérogène d'effets juridiques et d'un régime contentieux particulièrement complexe. Aussi est-il difficilement compréhensible qu'une règle ne puisse être utilisée comme un moyen dans le cadre d'une contestation directe d'un acte administratif, mais puisse servir de fondement indirect à l'annulation d'un acte administratif par la voie de l'exception d'illégalité, comme l'imposait la jurisprudence *Cohn-Bendit*¹⁷⁹. De même est-il peu concevable qu'un acte juridique soit considéré comme propre à fonder les prétentions d'un requérant dans le cadre d'une action déterminée et pas dans celui d'une autre procédure. Il est ainsi possible de multiplier les exemples de contorsions jurisprudentielles, souvent partiellement motivées par des impératifs casuistes. Ces solutions sophistiquées, prises ensembles, véhiculent une impression de confusion.

¹⁷⁸ CE Ass. 7 juillet 1950, *Dehaene*, précité ; et, plus récemment, CE 30 novembre 1998, *Mme Rosenblatt et autres*, précité ; CE 11 juin 2010, *Syndicat SUD R.A.T.P.*, précité.

Malgré l'importance du manque de clarté et de transparence de la jurisprudence, le sujet ne semble susciter de commentaires que dans un sens critique, si bien que très peu de propositions de solution sont formulées. Les conclusions du commissaire du Gouvernement Ronny ABRAHAM sur l'arrêt *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés* (G.I.S.T.I.) du 23 avril 1997¹⁸⁰ constituent à cet égard une remarquable exception. Après avoir expliqué les difficultés posées par la détermination de l'effet direct des stipulations internationales, et rappelé les principales solutions adoptées par la Haute juridiction en la matière, le commissaire du Gouvernement propose l'admission de l'invocabilité de certaines normes non directement applicables à l'encontre des actes réglementaires, voire des dispositions réglementaires ou législatives (par voie d'exception) spécialement édictées en vue de satisfaire aux obligations internationales résultant des stipulations invoquées. Si la règle est considérée comme dépourvue d'effet direct du fait de son objet strictement interétatique, les particuliers se voient refuser la possibilité de l'invoquer. Mais « *il serait pour le moins paradoxal d'interdire à l'État requérant de se prévaloir de celles des stipulations des traités qui le lient à la France dont l'objet est précisément de lui garantir un droit dont il est l'unique titulaire* »¹⁸¹. En revanche, Ronny ABRAHAM démontre que rien n'empêche d'admettre l'invocabilité des règles dont l'absence d'applicabilité résulte du caractère insuffisamment précis et complet à l'encontre des actes réglementaires¹⁸². En d'autres termes, cette option permet d'aligner le régime

¹⁷⁹ CE Ass. 22 décembre 1978, *Ministre de l'Intérieur c. Cohn-Bendit*, Rec. p. 524 ; D., 1979, Jurispr., p. 155, concl. B. GENEVOIS et note B. PACTEAU, I.R. n° 89, obs. P. DELVOLVÉ ; A.J.D.A., mars 1979, p. 27, chron. O. DUTHELLET DE LAMOTHE et Y. ROBINEAU ; J.C.P., G., 1979, II, 19158, note R. KOVAR ; Gaz. Pal., nos 140-142, 1979, 2, Jurispr. 212, p. 14, note D. RUZIÉ ; R.A., 1979, p. 630, note J.-Y. VINCENT ; R.G.D.I.P., 1979, p. 832, note C. VALLÉE ; Rev. crit. dr. intern. privé, 1979, p. 647, note A. LYON-CAEN ; R.T.D.E., 1979, p. 157, concl., p. 169, note L. DUBOIS ; Cah. dr. eur., 1979, p. 265, note G. ISAAC ; Rev. Marché commun, 1979, p. 104, note J. BOULOUIS ; J.D.I., 1979, p. 589, note B. GOLDMAN ; Law Quarterly review, 1979, p. 376, note M. SIMON et F. E. DOWRICK ; Europäische Grundrechte Zeitschrift, 1979, p. 257, note C. TOMUSCHAT ; Europarecht 1979, p. 294, note R. BIEBER ; Common Market Law Review, 1979, p. 701, note P. J. G. KAPTEYN ; R.B.D.I., 1980, p. 126, note A. BARAV ; Mélanges P. REUTER, comm. R. PINTO, p. 407. Notamment confirmé par CE 13 décembre 1985, *Zakine*, Rec., Tables, p. 448, p. 515, p. 516, p. 740 et p. 750 ; ou encore CE 28 septembre 1998, *Ferrari*, Rec., Tables, p. 801 et p. 1142.

¹⁸⁰ ABRAHAM R., concl. sur CE Sect. 23 avril 1997, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés* (G.I.S.T.I.), R.F.D.A., p. 585.

¹⁸¹ ABRAHAM R., concl. sur CE Sect. 23 avril 1997, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés* (G.I.S.T.I.), R.F.D.A., p. 585 à 596, p. 592.

¹⁸² ABRAHAM R., *op. cit.*, p. 592 à 594.

contentieux des normes internationales sur celui des directives européennes fixé par la jurisprudence *Cohn-Bendit*¹⁸³. Cependant, la Section du contentieux refuse d'adopter cette solution. Par un arrêt du 11 avril 2012, la Haute assemblée tempère la solution adoptée en 1997, tout en réitérant le refus de l'admission de l'invocabilité des stipulations internationales dépourvues d'effet direct à l'encontre des actes réglementaires et des lois, pourtant proposé par le Rapporteur public Gaëlle DUMORTIER. Le Conseil d'État précise « *que les stipulations d'un traité ou d'un accord régulièrement introduit dans l'ordre juridique interne conformément à l'article 55 de la Constitution peuvent utilement être invoquées à l'appui d'une demande tendant à ce que soit annulé un acte administratif ou écartée l'application d'une loi ou d'un acte administratif incompatibles avec la norme juridique qu'elles contiennent, dès lors qu'elles créent des droits dont les particuliers peuvent directement se prévaloir ; que, sous réserve des cas où est en cause un traité pour lequel la Cour de justice de l'Union européenne dispose d'une compétence exclusive pour déterminer s'il est d'effet direct, 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 États et ne requiert l'intervention d'aucun acte complémentaire pour produire des effets à l'égard des particuliers ; que l'absence de tels effets ne saurait être déduite de la seule circonstance que la stipulation désigne les États parties comme sujets de l'obligation qu'elle définit* »¹⁸⁴.

Partant, les normes non directement applicables sont encore sources d'ambivalence et d'incertitude, tant quantitatives que qualitatives. Une majeure partie de l'étude est consacrée à une indispensable identification théorique et pratique de ce caractère. Dans la continuité des controverses relatives à la notion de norme précédemment évoquées, les normes non directement applicables, par leur existence même bouleversent l'ensemble du système juridique, jusque dans ses éléments fondamentaux. Au-delà, il s'agit de comprendre le rôle, la place et

¹⁸³ CE Ass. 22 décembre 1978, *Ministre de l'Intérieur c. Cohn-Bendit*, précité.

¹⁸⁴ CE Ass. 11 avril 2012, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (G.I.S.T.I.) et Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement (F.A.P.I.L.)*, n° 322326, à paraître au Recueil Lebon ; R.F.D.A., p. 547, concl. G. DUMORTIER, p. 560, note M. GAUTIER ; A.J.D.A., p. 936, chron. A. BRETONNEAU et X. DOMINO.

l'influence de ces normes sur le droit public français, le rapide constat de leur inutilité n'emportant en aucun cas la conviction, en ce qu'elle découle du postulat erroné de leur inefficacité due à une absence totale d'effets juridiques. Plus encore, cette conception est en tout point illogique au regard du développement considérable des normes non directement applicables, en croissance constante depuis une trentaine d'années. Pour reprendre les expressions nées sous la plume de Pierre PESCATORE, écrivant au sujet des directives européennes, « *l'essai de démythification* » vise à démontrer que les normes non directement applicables ne sont pas « *des non-êtres juridiques* »¹⁸⁵.

Dès lors, il s'agit de commencer l'étude par une analyse de la détermination de l'absence d'applicabilité directe. Ce raisonnement révèle l'inexistence d'une « notion » de norme non directement applicable à laquelle correspondrait un régime juridique « unifié ». Les effets juridiques des normes non directement applicables s'avèrent variés et hétérogènes, il est ainsi nécessaire de les identifier. À ce stade, le seul facteur d'unité de ces normes est leur invocabilité limitée, conçue en tant que conséquence de leur absence d'applicabilité directe. Eu égard aux difficultés précédemment évoquées, il est utile de présenter les différentes possibilités d'invocation des normes non directement applicables *de lege lata* et d'en expliquer le mode de fonctionnement. Enfin, *de lege ferenda*, une démarche globale, mettant l'accent sur une relecture des liens entre applicabilité et invocabilité, permet de proposer un aménagement des solutions existantes et de leur conférer une certaine cohérence.

§ 4 La méthode de l'étude

Les jurisprudences du juge administratif français, du Conseil constitutionnel et de la Cour de justice de l'Union européenne constituent l'essentiel du champ de cette thèse. L'entreprise se heurte à l'ambiguïté des solutions et au caractère particulièrement succinct de la motivation des décisions. Certains arrêts évacuent la

¹⁸⁵ PESCATORE P., *L'effet des directives communautaires, essai de démythification*, D., 1980, chron. p. 171.

question de l'applicabilité de la norme invoquée et se prononcent en réalité sur son champ d'application. Dans l'arrêt *Mazurek*¹⁸⁶, la première chambre civile de la Cour de cassation ne reprend pas l'attendu de principe généralement utilisé pour refuser l'invocabilité de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant, selon lequel « *il résulte du texte même de la Convention du 26 janvier 1990 que, conformément à l'article 4 de celle-ci, ses dispositions ne créent d'obligations qu'à la charge des États, de sorte qu'elles ne peuvent être directement invoquées devant les juridictions nationales* »¹⁸⁷. La Cour statue sur le terrain du champ d'application de la convention, en décidant que, dans la mesure où elle concerne l'enfant « mineur », elle ne peut être contredite par l'article 760 du Code civil relative aux enfants « adultérins »¹⁸⁸. Le Conseil d'État développe parfois un raisonnement analogue, en préférant constater que « ces

¹⁸⁶ Cass. civ. 1^{ère} 25 juin 1996, n° 94-14.858, *Mazurek*, Bull. civ. I, n° 268 ; J.C.P., G., 1997, II, 22834, note P. MALAURIE.

¹⁸⁷ Cass. civ. 1^{ère} 15 juillet 1993, n° 92-05.515 et n° 91-18.735 (deux espèces), *M. X. c. l'A.S.E. du Val-de-Marne*, et *M. Y. c. Mme Z.*, Bull. civ. I, n° 259 ; J.C.P., G., IV, 2375 ; D., n° 33, I.R., p. 209 ; Gaz. Pal., nos 321-322, 17 novembre 1993, Panorama, p. 256 ; D., 1994, n° 14, p. 191, note J. MASSIP. Cette jurisprudence est confirmée par Cass. soc., 13 juillet 1994, n° 93-10.891, *Caisse primaire d'assurance maladie de Seine-et-marne c. Ponnau et autre*, Bull. civ. V, n° 236 ; J.C.P., G., II, 22219, note Y. BENHAMOU ; D., n° 33, I.R., p. 209 ; D., 1995, p. 91, note J. MASSIP. Voir également Cass. civ 1^{ère} 10 mars 1993, n° 91-11.310, *Lejeune*, Bull. civ. I, n° 103 : « *les dispositions de la convention relative aux droits de l'enfant, signée à New York le 26 janvier 1990, ne peuvent être invoquées devant les tribunaux, cette Convention, qui ne crée des obligations qu'à la charge des États parties, n'étant pas directement applicable en droit interne* ». Voir également Cass. crim. 27 novembre 1996, n° 96-80.223, X..., Y..., Z..., A..., B..., C..., D..., E..., Bull. crim. n° 431, arrêt n° 1, p. 1245 ; Cass. crim. 27 novembre 1996, n° 95-85.118, X..., Y..., Z..., A..., B..., C..., D..., Bull. crim. n° 431, arrêt n° 2, p. 1255 ; et Cass. crim. 27 novembre 1996, n° 96.80.318, *Dord et Dibundu*, inédit au Bulletin criminel.

¹⁸⁸ Dans sa rédaction antérieure à l'entrée en vigueur de la loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001, relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modifiant diverses disposition de droit successoral (J.O.R.F. n° 281 du 4 décembre 2001, p. 19279, texte n° 1) : « *Les enfants naturels dont le père ou la mère était, au temps de leur conception, engagé dans les liens d'un mariage d'où sont issus des enfants légitimes, sont appelés à la succession de leur auteur en concours avec ces enfants ; mais chacun d'eux ne recevra que la moitié de la part à laquelle il aurait eu droit si tous les enfants du défunt, y compris lui-même, eussent été légitimes. La fraction dont sa part héréditaire est ainsi diminuée accroîtra aux seuls enfants issus du mariage auquel l'adultère a porté atteinte ; elle se divisera entre eux à proportion de leurs parts héréditaires* ».

stipulations étaient en tout état de cause sans application au cas de l'espèce »¹⁸⁹. Plus encore, le laconisme des formules employées par le juge administratif, qui se contente souvent de rejeter le moyen comme inopérant en affirmant que la stipulation est dépourvue d'effet direct ou, qu'en l'absence de précision suffisante, la disposition ne s'impose que dans les conditions et limites des prescriptions des lois ou des conventions internationales incorporées au droit français, constitue un obstacle supplémentaire.

Le travail portant sur les jurisprudences est mené dans une approche théorique, selon des modes comparatifs, évolutifs ou prospectifs. Des comparaisons avec les droits étrangers et la jurisprudence du juge judiciaire aident fréquemment à mieux comprendre les mécanismes liés aux normes non directement applicables. Les intérêts accessoires posés par l'étude des normes non directement applicables donnent l'occasion d'aborder certaines questions classiques de la réflexion juridique, comme en témoigne la présentation de la notion de norme de la présente introduction. Pour autant, cette thèse n'entend pas être une étude de pure théorie du droit, et ne prétend en aucune façon trancher les importantes et nombreuses controverses liées aux normes non directement applicables. Elle entreprend simplement de se fonder sur des définitions utiles et conformes à la pratique, qui contribuent à répondre aux questions posées, parmi lesquelles la question fondamentale de la garantie de l'accès au prétoire par le juge. Si la matière a connu plusieurs évolutions de grande ampleur, l'approche chronologique ne semble pas pertinente, en ce qu'elle ne permet pas de dégager des traits communs entre les différentes catégories de normes.

¹⁸⁹ CE 3 décembre 1993, *Association des chasseurs et pêcheurs de la Bidassoa*, Rec. p. 338 ; J.C.P., G., IV, 574, obs. M.-C. ROUAULT ; R.G.D.I.P., 1995, p. 153, Chron. D. ALLAND : « *l'association ne saurait utilement, pour faire échapper sa demande à la forclusion qu'elle encourait, se prévaloir de stipulations de l'article 11 de l'acte additionnel du 26 mai 1866 aux traités de délimitation conclus entre la France et l'Espagne qui prévoient une information préalable des autorités administratives supérieures des collectivités territoriales de l'État limitrophe lorsque l'on se propose de faire dans l'autre État des travaux ou de nouvelles concessions susceptibles de changer le régime ou le volume d'un cours d'eau dont la partie inférieure ou opposée est à l'usage des riverains de l'autre pays, dès lors que ces stipulations étaient en tout état de cause sans application au cas de l'espèce, les travaux d'endiguage d'une portion limitée et marécageuse de la rive française de la Bidassoa n'étant pas de nature à changer le régime ou le volume de ce cours d'eau* ». Voir également CE 22 juillet 1994, *Chambre syndicale du transport aérien*, Rec., Tables, p. 731, p. 815, p. 820, p. 922 et p. 1208 ; Rev. fr. dr. aérien, vol. 193, n° 1, janvier-mars 1995, p. 29, note J. MOUSSÉ, p. 135, concl. J. ARRIGHI DE CASANOVA ; R.G.D.I.P., 1995, p. 159, Chron. D. ALLAND.

Le cœur de la problématique relative aux normes non directement applicables réside dans le caractère extrêmement réducteur du raisonnement suivant : la norme est trop imprécise ou n'a pas pour objet de régir la situation juridique, elle ne peut donc pas être appliquée à une espèce sur laquelle elle n'a, par elle-même, aucun effet juridique, par conséquent le justiciable ne saurait s'en prévaloir au soutien de ses prétentions et elle doit être exclue du débat juridictionnel. Si les notions d'applicabilité et d'invocabilité de la norme sont théoriquement unies par un lien de cause à effet, ce schéma simpliste ne s'avère pas apte à rendre compte de la complexité pratique. La détermination de la densité normative d'un énoncé en vue d'une application pratique est une opération envisagée de manière peu approfondie par la théorie juridique, qui se concentre de façon préférentielle sur le critère de la règle de droit. L'appréhension doctrinale du critère objectif d'applicabilité occulte ainsi certains aspects très importants, entrant dans l'appréciation du juge. L'applicabilité d'une norme ne découle pas de la règle prise isolément, hors du contexte juridique : elle caractérise le rapport qu'entretient cette règle avec les autres normes en vigueur¹⁹⁰. Sur le plan de l'invocabilité, considérée en tant que corollaire de l'applicabilité, la réflexion doit s'enrichir des facteurs découlant de l'insertion de la norme dans le cadre du contentieux, de la situation juridique propre au litige. Cette nécessité découle de l'absence de réels critères théoriques de l'invocabilité des normes non directement applicables, alors même que les possibilités ou impossibilités d'invoquer une même norme se déterminent en fonction des spécificités de la procédure, ainsi qu'en fonction du caractère plus ou moins direct et certain du lien entre le requérant et la règle juridique.

Afin de déterminer les effets réels des normes non directement applicables en droit public français, la meilleure méthode consiste à commencer l'étude par une analyse de la démarche d'identification de leur absence d'applicabilité directe. La logique commande de vérifier ensuite si ce caractère a pour corollaire une spécificité du régime juridique des règles : l'applicabilité correspond à une application directe

¹⁹⁰ DE SCHUTTER O., *Fonction de juger et droits fondamentaux, transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américain et européens*, Bruxelles, Bruylant, Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, 1999, p. 123-124.

aux autorités publiques. Cette démarche permet de comprendre l'essentiel de leur normativité, dont les manifestations sont parfois déséquilibrées. L'examen préalable de l'applicabilité des normes non directement applicables (Première partie) confirme que leur principale caractéristique commune est leur faible invocabilité, entendue comme conséquence de leur absence d'applicabilité : l'absence d'invocabilité de ces normes traduit leur absence d'application directe aux individus. Elles s'adressent directement aux autorités publiques et indirectement aux individus: le caractère direct du lien entre la règle et les autorités publiques se manifeste dans son applicabilité, le caractère indirect du lien entre la règle et l'individu se concrétise dans son invocabilité limitée. Or, la justiciabilité des normes non directement applicables est, en réalité, à géométrie tout aussi variable que leurs effets juridiques. De l'obstacle formé par l'invocabilité des normes non directement applicables résulte l'opinion selon laquelle elles seraient inefficaces et inutiles. Aussi est-il important d'en découvrir les raisons tant théoriques que pratiques, et de proposer d'y apporter quelques aménagements (Seconde Partie).

Première partie. L'applicabilité des normes non directement applicables

Seconde partie. L'invocabilité des normes non directement applicables

PREMIÈRE PARTIE : L'APPLICABILITÉ DES NORMES NON DIRECTEMENT APPLICABLES

Bien que non directement applicables, les normes faisant l'objet de cette étude ne sont pas pour autant non obligatoires. Comme toute norme juridique, elles ont vocation à s'imposer aux pouvoirs publics en prescrivant des obligations, conformément aux exigences de l'État de droit. Sous cet aspect, la différence entre les normes non directement applicables et les normes directement applicables n'est pas une évidence. En termes kelséniens, si deux normes ont été adoptées strictement selon la même procédure, elles ont strictement la même valeur dans la hiérarchie des normes. Formellement, ces règles sont indistinctes. La différence entre les normes directement applicables et les normes non directement applicables peut se manifester à l'examen de leur contenu ; or, c'est précisément de cet aspect matériel que sont tirés des effets de droit.

Traditionnellement, le raisonnement juridique associe un régime juridique caractérisé à une notion déterminée. Appliquée au sujet de la présente étude, la démarche est malaisée. En effet, l'analyse démontre certaines ambiguïtés dans la détermination des normes non directement applicables. Certes, deux critères techniques d'applicabilité prédéfinis sont censés être employés par le juge lors de l'examen des règles invoquées au soutien des moyens présentés devant lui. Toutefois, une lecture attentive des décisions révèle que l'absence d'applicabilité directe de la norme et, partant, l'impossibilité pour les individus de l'invoquer, est parfois mécaniquement associée à la fonction de la norme.

À la contingence des méthodes d'identification de l'absence d'applicabilité directe correspond un régime juridique dont la spécificité est fort relative, en ce qu'elle consiste simplement en une normativité apparemment limitée. Plus encore, loin de pouvoir constituer une catégorie homogène, entendue comme « *classe dans laquelle on range plusieurs objets ou plusieurs personnes de même nature, ou qui possèdent* »

des caractères communs »¹⁹¹, les règles non directement applicables sont dotées d'une normativité particulièrement variable, qui s'échelonne en réalité sur plusieurs degrés.

Par conséquent, il est utile de revenir, en premier lieu, sur les éléments caractéristiques des normes non directement applicables afin de lever les incertitudes relatives à leurs modes d'identification (Titre premier). En second lieu, il est naturel de poursuivre par une étude de leur normativité, visant à dégager la spécificité de leurs effets juridiques (Titre second).

¹⁹¹ *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^e éd., v^e « Catégorie », second sens.

TITRE PREMIER : LES INCERTITUDES DE LA DÉTERMINATION DE L'ABSENCE D'APPLICABILITÉ DIRECTE

Les normes non directement applicables se révèlent difficiles à caractériser de manière générale et synthétique. Seule une démarche *a contrario*, partant de la notion d'applicabilité directe, permet d'en cerner quelques traits. La nécessité de l'intervention d'un pouvoir normatif implique que les destinataires des normes non directement applicables soient les autorités publiques compétentes. Par conséquent, les particuliers ne peuvent directement s'en prévaloir. L'identification des règles juridiques jugées non directement applicables semble pouvoir s'opérer par l'examen de l'admission ou du refus de leur invocabilité dans le cadre d'une procédure juridictionnelle. Force est donc de constater que l'observateur a tendance à s'appuyer sur le « symptôme » de l'absence d'applicabilité directe qu'est l'absence d'invocabilité directe par un individu et non sur ses causes réelles. Dans cette optique, sont directement applicables les normes dont les particuliers « *peuvent se prévaloir et qu'ils peuvent faire reconnaître et sanctionner par les autorités et les juridictions* »¹⁹². La démarche s'avère particulièrement hasardeuse dans la mesure où, comme il a déjà été souligné, l'invocabilité d'une même règle peut être admise dans certaines affaires et pas dans d'autres.

De plus, la détermination du caractère directement ou non directement applicable des règles juridiques telle qu'effectuée par le juge est censée se fonder sur l'emploi d'un critère objectif et d'un critère subjectif d'applicabilité. Or, dans une majeure partie des cas, la lettre des décisions occulte la démarche si la norme invoquée se révèle directement applicable et se contente de déclarer le moyen inopérant en cas contraire. Pour les normes non directement applicables d'origine internationale, la formulation des décisions refusant aux particuliers de s'en

¹⁹² Cette définition est adaptée de celle des dispositions directement applicables en droit de l'Union européenne établie par F. DUMON, *La notion de "disposition directement applicable" en droit européen*, C.D.E., 1968, p. 369 à 394, p. 377.

prévaloir ne permet pas de savoir si l'absence d'effet direct résulte du jeu du critère objectif ou de celui du critère subjectif : elles « *ne produisent pas d'effets directs à l'égard des particuliers* »¹⁹³ ou les articles invoqués sont « *dépourvus d'effet direct* »¹⁹⁴. De surcroît, dans certaines hypothèses, l'absence d'applicabilité directe n'est pas la conclusion d'un raisonnement fondé sur les critères techniques, mais est considérée comme une caractéristique associée à certaines catégories particulières. L'exemple le plus probant à cet égard est l'arrêt *Cohn-Bendit*¹⁹⁵, fixant le régime des directives européennes jusqu'à une date récente, dont la lecture exclut tout recours au contenu des directives pour en apprécier l'applicabilité : « *quelles que soient d'ailleurs les précisions qu'elles contiennent à l'intention des États membres, les directives ne sauraient être invoquées par les ressortissants de ces États à l'appui d'un recours dirigé contre un acte administratif individuel* ». Il en résulte que l'absence d'applicabilité directe peut être déduite d'une pluralité de causes qui ne se limitent pas au jeu des critères objectif et subjectif. Plus encore, le raisonnement se construit sur des éléments différents d'une norme à l'autre.

¹⁹³ Selon la formule de principe fixée par CE Sect. 23 avril 1997, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (G.I.S.T.I.)*, précité.

¹⁹⁴ CE Sect. 31 octobre 2008, *Section française de l'Observatoire international des prisons*, précité.

¹⁹⁵ CE Ass. 22 décembre 1978, *Ministre de l'Intérieur c. Cohn-Bendit*, Rec. p. 524 ; D., 1979, Jurispr., p. 155, concl. B. GENEVOIS et note B. PACTEAU, I.R. n° 89, obs. P. DELVOLVÉ ; A.J.D.A., mars 1979, p. 27, chron. O. DUTHEILLET DE LAMOTHE et Y. ROBINEAU ; J.C.P., G., 1979, II, 19158, note R. KOVAR ; Gaz. Pal., nos 140-142, 1979, 2, Jurispr. 212, p. 14, note D. RUZIÉ ; R.A., 1979, p. 630, note J.-Y. VINCENT ; R.G.D.I.P., 1979, p. 832, note C. VALLÉE ; Rev. crit. dr. intern. privé, 1979, p. 647, note A. LYON-CAEN ; R.T.D.E., 1979, p. 157, concl., p. 169, note L. DUBOIS ; Cah. dr. eur., 1979, p. 265, note G. ISAAC ; Rev. Marché commun, 1979, p. 104, note J. BOULOUIS ; J.D.I., 1979, p. 589, note B. GOLDMAN ; Law Quarterly review, 1979, p. 376, note M. SIMON et F. E. DOWRICK ; Europäische Grundrechte Zeitschrift, 1979, p. 257, note C. TOMUSCHAT ; Europarecht 1979, p. 294, note R. BIEBER ; Common Market Law Review, 1979, p. 701, note P. J. G. KAPTEYN ; R.B.D.I., 1980, p. 126, note A. BARAV ; Mélanges Paul REUTER, comm. R. PINTO, p. 407.

Afin de clarifier les approximations jurisprudentielles dans la détermination du caractère directement ou non directement applicable des règles juridiques, la logique commande d'envisager successivement l'absence d'applicabilité directe comme élément associé à certaines catégories juridiques (Chapitre premier), puis l'absence d'applicabilité directe comme élément déduit des critères objectif et subjectif (Chapitre second).

Chapitre premier : L'absence d'applicabilité directe comme caractère associé à certaines catégories juridiques

En dehors des cas où l'absence d'applicabilité directe est la conclusion d'une réflexion menée à partir des critères objectif et subjectif, ce caractère a pu être associé à certains types d'actes juridiques ou à certaines normes particulières. Ces conceptions impliquent que la nature de ces actes juridiques soit un obstacle à l'invocabilité ou à la contestation des normes qu'ils expriment, quel que soit leur contenu. À l'inverse, certaines règles, de par leur contenu spécifique, sont jugées comme nécessairement dépourvues d'applicabilité directe. Cependant, l'évolution des techniques juridiques liées à l'État providence et les développements du droit international contribuent à une désuétude déjà amorcée de ces associations mécaniques voire systématiques (Section I).

Par ailleurs, le concept de normes non directement applicables se rencontre dans de nombreux ordres juridiques étrangers, dans lesquels lui sont associés des effets variés. Si de nombreux pays connaissent une méthode d'identification des normes non directement applicables similaire à celle ayant cours en France, certains États procèdent à une démarche différente, fondée sur une classification des droits constitutionnellement garantis (Section II).

Section I : La déduction de l'absence d'applicabilité directe de la nature de l'acte juridique ou de la norme qu'il exprime

Une analyse de la jurisprudence et de la doctrine montre que certaines catégories de normes ont pu être considérées comme non directement applicables par définition, par leur nature même. Tels sont les cas particuliers des normes exprimées par les directives européennes (Paragraphe I) et des normes d'orientation de l'action des pouvoirs publics (Paragraphe II).

Paragraphe I: La remise en cause de l'absence d'applicabilité directe des directives européennes

La directive européenne, telle que définie par le troisième alinéa de l'article 288 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après T.F.U.E.)¹⁹⁶, est un acte juridique liant « *tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens* ». Dans un premier temps, l'obligation de transposition des directives européennes, issue de l'obligation de résultat énoncée, fonde l'idée de sa nécessaire absence d'applicabilité directe (A). Dans un second temps, les évolutions jurisprudentielles aboutissent à ce que le manquement à cette obligation de transposition justifie l'admission de l'invocabilité des directives non transposées, notamment à l'encontre des actes non réglementaires (B).

A - L'assimilation de l'existence de l'obligation de transposition à l'absence d'applicabilité directe

À l'origine, les stipulations du troisième alinéa de l'article 288 du T.F.U.E. et de l'article 297 du T.F.U.E. (dans son ancienne rédaction), sont interprétées de telle sorte que de l'existence de l'obligation de transposition est déduite l'absence d'applicabilité directe de la directive (1). Cette conception se reflète dans la jurisprudence française avec une acuité particulière, comme en témoigne le célèbre arrêt *Cohn-Bendit*¹⁹⁷ (2).

1. L'interprétation des stipulations des traités européens comme justification de l'absence d'applicabilité directe des directives

La formule de l'alinéa 3 de l'article 288 du T.F.U.E. (ex-article 249, alinéa 3 du Traité instituant la Communauté européenne) précise explicitement que la forme et les moyens employés pour atteindre le résultat obligatoire restent de la compétence

¹⁹⁶ Version consolidée du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, J.O.U.E. n° C 83 du 30 mars 2010, p. 47 et suivantes.

¹⁹⁷ CE Ass. 22 décembre 1978, *Ministre de l'Intérieur c. Cohn-Bendit*, précité.

des États membres. Par définition, la directive européenne est une norme finaliste qui fonctionne autour d'une dialectique juridique propre. Elle est un acte conçu comme « indirect » qui nécessite une médiation se concrétisant par l'obligation de transposition. La liberté des États membres quant au choix des formes et des moyens est encadrée, de manière croissante. En liant les États uniquement « *quant au résultat à atteindre* », la directive « *est normativement incomplète* »¹⁹⁸ et revêt les caractéristiques d'une norme non directement applicable. Cette spécificité s'explique par la conciliation de deux impératifs différents : la volonté de préserver la souveraineté des États membres d'une part, et l'harmonisation des législations internes, d'autre part. Par conséquent, les actes de droit dérivés sont perçus comme des traductions concrètes du caractère inédit de la construction européenne¹⁹⁹. L'obligation de transposition découle de l'obligation de résultat, par définition inhérente à la directive européenne.

L'énoncé du troisième alinéa de l'article 288 du T.F.U.E. contraste avec celui du deuxième alinéa de ce même article, relatif au règlement européen : « *Le règlement a une portée générale. Il est obligatoire dans tous ses éléments et il est directement applicable dans tout État membre* ». Ces deux stipulations sont interprétées par comparaison et aboutissent à une opposition de l'une par rapport à l'autre. L'alinéa 2 de l'article 288 du T.F.U.E. est compris comme décrivant des caractéristiques dont la directive est dépourvue. Le texte de l'alinéa 3 donne lieu à une interprétation *a contrario* : le règlement européen, par sa traduction d'un mode d'action direct, s'oppose à la directive européenne, qui traduit un mode d'action indirect. La transposition constitue l'intermédiaire nécessaire à l'applicabilité du contenu de la directive aux particuliers. « *Le texte de l'article 189 donne à penser qu'il n'existe de législation communautaire ayant un effet direct dans les États membres que sous la forme de règlement. La directive a une portée différente. S'il incombe aux autorités communautaires d'énoncer par*

¹⁹⁸ PORTA J., *La réalisation du droit communautaire : Essai sur le gouvernement juridique de la diversité*, t. 1, Paris, L.G.D.J., Collection des thèses, 2008, p. 103.

¹⁹⁹ KOVAR R., *Observations sur l'intensité normative des directives*, in *Liber Amicorum Pierre PESCATORE*, Baden-Baden, Nomos, 1987, p. 359 à 372, spé. p. 359 à 372 ; et PORTA J., *op. cit.*, p. 103.

voie de directive le résultat à atteindre par chaque État membre, seule une mesure d'exécution prise par les instances nationales peut lui conférer un effet dans l'ordre interne »²⁰⁰.

Le raisonnement se trouve conforté par la lettre de l'ancien article 191 du Traité instituant la Communauté économique européenne, dans sa rédaction issue du Traité de Rome du 25 mars 1957 (entré en vigueur le 1^{er} janvier 1958). Le premier alinéa stipule que « *les règlements sont publiés dans le Journal officiel de la Communauté. Ils entrent en vigueur à la date qu'ils fixent ou, à défaut, le vingtième jour suivant leur publication* ». Le second alinéa ne prévoit pas de publication mais uniquement une notification à leurs destinataires, qui seule les rendait opposables : « *les directives et les décisions sont notifiées à leurs destinataires et prennent effet par cette notification* ». Les directives européennes étaient ainsi qualifiées de « *législation indirecte* »²⁰¹. À l'entrée en vigueur du Traité d'Amsterdam, le 1^{er} mai 1999, la notification est remplacée, pour de nombreuses hypothèses, par la publication²⁰². Cette solution est également reprise dans le Traité de Lisbonne, actuellement en vigueur depuis le 1^{er} décembre 2009²⁰³.

Dans un premier temps, le droit interne français retient cette conception de la directive européenne, « *législation indirecte* », comme en témoignent notamment les

²⁰⁰ GENEVOIS B., concl. sur CE Ass. 22 décembre 1978, *Cohn-Bendit*, R.T.D.E., 1979, p. 157 à 168, p. 160.

²⁰¹ Guy ISAAC, *Article 191*, in V. CONSTANTINESCO, J.-P. JACQUÉ, R. KOVAR, et D. SIMON (dir.), *Traité instituant la C.E.E., commentaire article par article*, Paris, Economica, 1992, p. 1191.

²⁰² L'article 254 du Traité instituant la Communauté européenne stipule : « 1. *Les règlements, les directives et les décisions adoptés conformément à la procédure visée à l'article 251 sont signés par le président du Parlement européen et par le président du Conseil, et publiés dans le Journal officiel des Communautés européennes. Ils entrent en vigueur à la date qu'ils fixent ou, à défaut, le vingtième jour suivant leur publication.* 2. *Les règlements du Conseil et de la Commission, ainsi que les directives de ces institutions qui sont adressées à tous les États membres, sont publiés dans le Journal officiel des Communautés européennes. Ils entrent en vigueur à la date qu'ils fixent ou, à défaut, le vingtième jour suivant leur publication.* 3. *Les autres directives, ainsi que les décisions, sont notifiées à leurs destinataires et prennent effet par cette notification* ».

²⁰³ L'article 297 du T.F.U.E. énonce : « 1. *Les actes législatifs adoptés conformément à la procédure législative ordinaire sont signés par le président du Parlement européen et par le président du Conseil. Les actes législatifs adoptés conformément à une procédure législative spéciale sont signés par le président de l'institution qui les a adoptés. Les actes législatifs sont publiés dans le Journal officiel de l'Union européenne. Ils entrent en vigueur à la date qu'ils fixent ou, à défaut, le vingtième jour suivant leur publication.* 2. *Les actes non législatifs adoptés sous la forme de règlements, de directives et de décisions, lorsque ces dernières n'indiquent pas de destinataire, sont signés par le président de l'institution qui les a adoptés. Les règlements, les directives qui sont adressées à tous les États membres, ainsi que les décisions, lorsqu'elles n'indiquent pas de destinataire, sont publiés dans le Journal officiel de l'Union européenne. Ils entrent en vigueur à la date qu'ils fixent ou, à défaut, le vingtième jour suivant leur publication. Les autres directives, ainsi que les décisions qui désignent un destinataire, sont notifiées à leurs destinataires et prennent effet par cette notification* ».

conclusions du commissaire du Gouvernement Bruno GENEVOIS sur l'arrêt *Cohn-Bendit*²⁰⁴. Afin de démontrer que la position de la Cour de Justice relative à l'effet direct des directives européennes ne se justifie pas nécessairement sur « *un plan purement juridique* »²⁰⁵, le commissaire du Gouvernement explique : « *s'il est vrai que l'article 189 ne dit pas qu'en aucun cas une directive ne peut avoir d'effet direct en l'absence de mesures internes d'application, sa rédaction l'implique néanmoins. L'article 189 énonce à l'aide de formules positives la force juridique des règlements, directives et décisions pris par les institutions des Communautés européennes. La définition donnée dans chaque cas se suffit à elle-même et il n'est nul besoin d'ajouter une formule négative qui en serait le corollaire nécessaire. Pour préciser notre pensée par une comparaison simple mais très parlante, nous dirons sans le moindre esprit polémique, que le fait d'affirmer qu'une bouteille est à moitié pleine implique nécessairement qu'elle est à moitié vide, sans qu'il soit besoin de le préciser. Il semble d'autant plus légitime de s'en tenir à la lettre de l'article 189 du traité que l'idée selon laquelle seul le règlement est susceptible d'effet direct se trouve confirmée par les dispositions de l'article 191 qui font apparaître avec netteté la différence qui sépare le règlement communautaire des directives et des décisions. (...) Le fait que l'article 191 n'ait pas prévu de publication des directives et des décisions, s'il ne met nullement en cause leur validité comme le relevait à juste titre l'avocat général K. ROEMER dans ses conclusions sur l'affaire Société Sace Bergame*²⁰⁶, confirme ce que laisse supposer la lecture de l'article 189, sur leur absence d'effet direct »²⁰⁷.

En conséquence, la directive européenne est réputée comme étant nécessairement dépourvue d'applicabilité directe, par définition. Cette considération est encore renforcée par la nature téléologique, finaliste, inhérente à toute directive. Ainsi, l'idée qu'un tel acte ait vocation à s'appliquer directement aux individus, c'est-à-dire sans être au préalable passé entre les mains des autorités compétentes pour y intégrer les éventuelles adaptations apportées par l'opération de transposition, paraît difficilement concevable.

²⁰⁴ CE Ass. 22 décembre 1978, *Ministre de l'Intérieur c. Cohn-Bendit*, précité.

²⁰⁵ GENEVOIS B., concl. sur CE Ass. 22 décembre 1978, *Cohn-Bendit*, R.T.D.E., 1979, p. 157 à 168, p. 161.

²⁰⁶ CJCE 17 décembre 1970, *Spa SACE c. Ministère des finances de la République italienne*, 33/70, Rec. p. 1213 ; concl. de l'Avocat général Karl ROEMER, Rec. p. 1226.

²⁰⁷ GENEVOIS B., *op. cit.*, p. 162.

2. L'arrêt Cohn-Bendit du Conseil d'État et la reconnaissance de l'effet direct des directives par la Cour de justice

Cette perception de la directive européenne, acte juridique nécessairement non directement applicable, est très nettement exprimée dans le considérant de principe de la célèbre décision *Cohn-Bendit*, rendue le 22 décembre 1978 par l'Assemblée du contentieux²⁰⁸ : « il ressort clairement de l'article 189 du traité du 25 mars 1957 que si ces directives lient les États membres "quant au résultat à atteindre" et si, pour atteindre le résultat qu'elles définissent, les autorités nationales sont tenues d'adapter la législation et la réglementation des États membres aux directives qui leur sont destinées, ces autorités restent seules compétentes pour décider de la forme à donner à l'exécution des directives et pour fixer elles-mêmes, sous le contrôle des juridictions nationales, les moyens propres à leur faire produire effet en droit interne. Qu'ainsi, quelles que soient d'ailleurs les précisions qu'elles contiennent à l'intention des États membres, les directives ne sauraient être invoquées par les ressortissants de ces États à l'appui d'un recours dirigé contre un acte administratif individuel ». En d'autres termes, les directives européennes sont jugées comme n'étant pas invocables à l'encontre d'un acte administratif individuel à raison de leurs éléments constitutifs, « quelles que soient d'ailleurs les précisions qu'elles contiennent ». Comme l'indique le commissaire du Gouvernement Bruno GENEVOIS dans ses conclusions sur cette affaire, « cette jurisprudence ne peut, à notre avis, servir à justifier qu'une directive puisse avoir des effets directs car l'article 189 du traité subordonne la mise en œuvre d'une directive à l'interposition de mesures d'ordre interne. Peu importe à cet égard le degré de précision de la directive »²⁰⁹.

Or, cette position est contraire à la jurisprudence de la Cour de justice qui a reconnu l'effet direct de certains articles de la directive n° 24/221 du 24 février 1975, et notamment de celui invoqué par le requérant, dans sa décision *Rutili* du 28 octobre 1975²¹⁰. De surcroît, la solution retenue se situe en décalage par rapport au droit de l'Union européenne, suite à l'évolution de la pratique rédactionnelle de la Commission et du Conseil, introduisant dans le texte des directives des dispositions

²⁰⁸ CE Ass. 22 décembre 1978, *Ministre de l'Intérieur c. Cohn-Bendit*, précité.

²⁰⁹ GENEVOIS B., *op. cit.*, p. 163.

de plus en plus précises. Cette tendance résulte de la volonté d'éviter la survenance de distorsions parfois importantes dans l'application des directives qui est faite par chaque État membre et a pour conséquence d'estomper la différence existant entre règlement et directive²¹¹. Forte de cette pratique, la Cour de justice reconnaît, dès 1970, un effet direct des directives²¹², mais aussi des décisions²¹³, dans les ordres juridiques nationaux.

Cet effet ne joue pas dans les relations des individus entre eux (effet direct horizontal)²¹⁴ mais dans les relations existant entre un individu et un État (effet direct vertical), dans le cadre desquelles les dispositions « précises et inconditionnelles » des directives européennes sont invocables. La Cour de justice précise également « *si, en vertu des dispositions de l'article 189, les règlements sont directement applicables et, par conséquent, par leur nature susceptibles de produire des effets directs, il n'en résulte pas que d'autres catégories d'actes visés par cet article ne peuvent jamais produire d'effets analogues ; qu'il serait incompatible avec l'effet contraignant que l'article 189 reconnaît à la directive d'exclure en principe que l'obligation qu'elle impose, puisse être invoquée par des personnes concernées (...); qu'il convient d'examiner, dans chaque cas, si la nature, l'économie et les termes de la disposition en cause sont susceptibles de produire des effets directs dans les relations entre les États membres et les particuliers* »²¹⁵. Le juge européen fait donc primer les caractéristiques matérielles de l'acte soumis à son examen sur ses caractéristiques formelles, en rejetant l'interprétation stricte du troisième alinéa de l'article 288 du

²¹⁰ CJCE 28 octobre 1975, *Roland Rutili c. Ministre de l'intérieur*, 36/75, Rec. p. 1219.

²¹¹ Concernant cette évolution du droit de l'Union européenne, voir *infra*, « La nature de l'obligation de transposition », p. 201 et suivantes.

²¹² CJCE 17 décembre 1970, *Spa SACE c. Ministère des finances de la République italienne*, 33/70, Rec. p. 1213.

²¹³ CJCE 6 octobre 1970, *Franz Grad c. Finanzamt Traunstein*, 9/70, Rec. p. 825.

²¹⁴ CJCE 26 février 1986, *M. H. Marshall c. Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority (Teaching)*, 152/84, Rec. p. 723, point 48 p. 749. Sur ce point, cf. SIMON D., *Le système juridique communautaire*, P.U.F., Collection Droit fondamental, 3^e éd., 2003, spé. p. 317 et suivantes. Cette jurisprudence a connu très récemment d'importants infléchissements : CJUE 12 janvier 2010, *Colin Wolf c. Stadt Frankfurt am Main*, C-229/08, Rec., I, p. 1 ; CJUE 12 janvier 2010, *Domnica Petersen c. Berufungsausschuss für Zahnärzte für den Bezirk Westfalen Lippe*, C-341/08, Rec., I, p. 47 ; Europe, n^{os} 116 et 117, comm. L. DRIGUEZ ; et CJUE 15 janvier 2010, *Seda Küçükdeveci c. Swedex GmbH & Co. KG*, C-555/07, Rec., I, p. 365. Sur ce point, cf. SIMON D., *L'invocabilité dans les litiges horizontaux : confirmation ou infléchissement*, Europe, 2010, ét. n^o 3 ; et DUBOUT E., *L'invocabilité d'éviction des directives dans les litiges horizontaux. Le « bateau ivre » a-t-il sombré ?*, R.T.D.E., 2010, p. 277.

²¹⁵ CJCE 4 décembre 1974, *Yvonne Van Duyn c. Home Office*, 41/74, Rec. p. 1337, point 12 p. 1348.

T.F.U.E. : « il convient de considérer non seulement la forme de l'acte en cause mais encore sa substance ainsi que sa fonction dans le système du traité »²¹⁶.

Cette position n'est pas affectée par les développements ultérieurs d'une conception plus restrictive de l'effet direct des directives, dont la reconnaissance est justifiée par le fait que : « l'effet utile d'un tel acte se trouverait affaibli si les justiciables étaient empêchés de s'en prévaloir en justice et les juridictions nationales empêchées de le prendre en considération en tant qu'élément du droit communautaire ; qu'en conséquence l'État membre qui n'a pas pris, dans les délais, les mesures d'exécution imposées par la directive, ne peut opposer aux particuliers le non-accomplissement, par lui-même, des obligations qu'elle comporte »²¹⁷.

B - Le manquement à l'obligation de transposition comme fondement de la reconnaissance de l'invocabilité des directives européennes

Suscitant de nombreuses controverses, notamment du fait de sa contrariété avec la jurisprudence de la Cour de justice, le principe posé par la décision *Cohn-Bendit* du 22 décembre 1978 voit sa portée progressivement limitée, jusqu'à son abandon par le revirement de jurisprudence du 30 octobre 2009 (1). Mais le considérant de principe de la décision *Mme Perreux* ne suffit pas à dissiper les incertitudes quant aux possibilités d'invocabilité des directives européennes non transposées. L'absence de transposition de la « directive retour » dans les délais est l'occasion pour le juge d'en préciser explicitement le régime contentieux (2).

1. L'abandon de la jurisprudence Cohn-Bendit et l'emploi des critères de précision et d'inconditionnalité par la décision Mme Perreux

La position du juge administratif français a progressivement évolué depuis la jurisprudence *Cohn-Bendit*, en permettant aux directives européennes non

²¹⁶ CJCE 17 décembre 1970, *Spa SACE c. Ministère des finances de la République italienne*, 33/70, Rec. p. 1213, point 13 p. 1223.

²¹⁷ CJCE 5 avril 1979, *Ministère public c. Tullio Ratti*, 148/78, Rec. p. 1629, spé. points 21 et 22, p. 1642. Voir aussi CJCE 22 septembre 1983, *Vincent Rodolphe Auer c. Ministère public*, 271/82, p. 2727.

transposées de produire des effets juridiques toujours plus nombreux. Dès 1984, l'Assemblée du Conseil d'État reconnaît l'engagement de la responsabilité sans faute de l'État dans le cas d'une violation du droit de l'Union européenne, par la décision *Ministre du commerce extérieur c. Société Alivar*²¹⁸. Cette décision intervient à la suite d'une sanction prononcée par la Cour de justice dans le cadre d'un recours en constatation de manquement²¹⁹. Quelques années plus tard, après avoir constaté l'incompatibilité de dispositions législatives avec les objectifs fixés par une directive européenne dont le délai de transposition est échu, la Haute juridiction relève la nécessité d'écarter l'application de la loi. L'acte réglementaire de mise en œuvre se trouve privé de base légale et le Conseil d'État admet que la responsabilité, pour faute, de l'État soit engagée pour les préjudices subis du fait de l'intervention de cet acte²²⁰. Le même mécanisme est applicable quand le préjudice résulte d'une décision administrative individuelle directement prise sur le fondement d'une loi incompatible avec une directive non transposée et dont le délai de transposition est dépassé²²¹. Dans le cadre du recours pour excès de pouvoir, la Haute juridiction admet qu'à l'échéance du délai de transposition un requérant puisse obtenir l'annulation d'un acte non réglementaire par la technique de l'exception d'illégalité : le requérant excipe de l'illégalité d'un acte réglementaire incompatible avec les objectifs d'une directive non transposée pour obtenir l'annulation d'un acte individuel, ainsi dépourvu de base légale²²². Le Conseil d'État établit ensuite la

²¹⁸ CE Ass. 23 mars 1984, *Ministre du commerce extérieur c. Société Alivar*, Rec., p. 127, A.J.D.A., p. 396, note B. GENEVOIS.

²¹⁹ CJCE 16 mars 1977, *Commission c. France*, 68/76, Rec., p. 515.

²²⁰ CE Ass. 28 février 1992, *Société Arizona Tobacco Products et S.A. Philip Morris France*, Rec. p. 78, concl. M. LAROQUE ; et CE Ass. 28 février 1992, *S.A. Rothmans International France et S.A. Philip Morris France*, Rec. p. 81 ; A.J.D.A., p. 210, concl., et p. 329, chron. C. MAUGÜÉ et R. SCHWARTZ ; R.F.D.A., p. 425, note L. DUBOUIS ; R.J.F., p. 863, chron. J. TUROT ; Gaz. Pal., nos 297-298, 23-24 octobre 1992, p. 2 note A. MOURRE ; C.J.E.G., p. 525, note P. SABOURIN ; J.C.P., G., II, 21859, note G. TEBOUL ; J.C.P., G., IV, 1318, obs. M.-C. ROUAULT.

²²¹ CE Ass. 30 octobre 1996, *S.A. Cabinet Revert et Badelon*, et CE Ass. 30 octobre 1996, *Ministre du Budget c. S.A. Jacques Dangeville*, Rec. p. 397 et p. 399 ; R.J.F., 12/96, p. 799, chron. S. AUSTRY, p. 809, concl. G. GOULARD ; A.J.D.A., p. 980, chron. D. CHAVALUX et T.-X. GIRARDOT ; R.F.D.A., 1997, p. 1056, concl.

²²² CE Ass. 6 février 1998, *M. Tête et Association de sauvegarde de l'Ouest lyonnais*, Rec. p. 30, concl. H. SAVOIE ; A.J.D.A., p. 458, chron. P. FOMBEUR et F. RAYNAUD, p. 403 ; C.J.E.G., p. 283, concl., note P. SUBRA DE BIEUSSES ; R.F.D.A., p. 407, concl. ; J.C.P., G., II, 1223, note P. CASSIA. Notamment confirmé par CE 13 décembre 1985, *Zakine*, Rec., Tables, p. 448, p. 515, p. 516, p. 740 et p. 750 ; ou encore CE 28 septembre 1998, *Ferrari*, Rec., Tables, p. 801 et p. 1142.

possibilité d'écarter l'application d'une loi méconnaissant l'interprétation donnée d'une directive par la Cour de justice²²³. Parallèlement à cette évolution, la loi constitutionnelle du 25 juin 1992, inspirée par la décision du Conseil constitutionnel relative au Traité de Maastricht²²⁴, a ajouté un article 88-1 à la Constitution, dont le premier alinéa dispose que « *la République participe aux Communautés européennes et à l'Union européenne, constituées d'États qui ont choisi librement, en vertu des traités qui les ont instituées, d'exercer en commun certaines compétences* »²²⁵. Le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 10 juin 2004, relative à la loi pour la confiance dans l'économie numérique, déduit de l'article 88-1 de la Constitution que la transposition d'une directive est une obligation constitutionnelle²²⁶.

Bien que fortement aménagée, la solution de principe de la décision *Cohn-Bendit* reste en vigueur²²⁷. En revanche, la jurisprudence récente du juge administratif fait à plusieurs reprises référence aux « *dispositions précises et inconditionnelles* » des directives européennes soumises à son contrôle et en tire d'importantes conséquences contentieuses. La précision et l'inconditionnalité constituent les critères

²²³ CE Sect. 3 décembre 1999, *Association ornithologique et mammalogique de Saône-et-Loire et Rassemblement des opposants à la chasse*, et CE Sect. 3 décembre 1999, *Association ornithologique et mammalogique de Saône-et-Loire et Association France Nature environnement*, Rec. p. 379 et p. 381, concl. F. LAMY ; R.F.D.A., 2000, p. 59, concl., p. 409 note L. DUBOUIS, p. 664 note L. FAVOREU, p. 668 note B.G., p. 676 note D. DE BÉCHILLON, et p. 678 note G. CARCASSONNE ; A.J.D.A., 2000, p. 120, chron. M. GUYOMAR et P. COLLIN ; D., 2000, p. 272, note G. TOULEMONDE ; J.C.P., G., 2000, I, Chron., 1251, p. 1543 note C. BOITEAU ; R.A., 2000, n° 316, p. 359, note J. FAVRE ; R.D.P., 2000, p. 289, note P. CASSIA et E. SAULNIER ; Rev. Marché Commun, 2000, p. 533, note F. CHALTIEL ; L.P.A., n° 30, 11 février 2000, p. 17, note R. ROMI ; L.P.A., n° 47, 7 mars 2000, p. 16, note A. ROBLOT ; Gaz. Pal, 2000, Doctr., p. 978, étude J.-G. HUGLO ; G.A.J.A. n° 103.

²²⁴ CC n° 92-308 DC, 9 avril 1992, *Traité sur l'Union européenne*, Rec. p. 55.

²²⁵ Suite à la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 et à l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne, la formulation actuelle de l'article 88-1 est la suivante : « *la République participe à l'Union européenne constituée d'États qui ont choisi librement d'exercer en commun certaines de leurs compétences en vertu du traité sur l'Union européenne et du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, tels qu'ils résultent du traité signé à Lisbonne le 13 décembre 2007* ».

²²⁶ CC n° 2004-496 DC, 10 juin 2004, *Loi sur la confiance dans l'économie numérique*, Rec. p. 101, considérant 7, p. 103 à 104 ; L.P.A., n° 122, 18 juin 2004, p. 10, note J.-E. SCHOETTL, p. 12 ; R.F.D.A., p. 651, note B. GENEVOIS : « *la transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle à laquelle il ne pourrait être fait obstacle qu'en raison d'une disposition expresse contraire de la Constitution ; qu'en l'absence d'une telle disposition, il n'appartient qu'au juge communautaire, saisi le cas échéant à titre préjudiciel, de contrôler le respect par une directive communautaire tant des compétences définies par les traités que des droits fondamentaux garantis par l'article 6 du Traité sur l'Union européenne* ».

déterminants du mécanisme de contrôle de légalité des directives européennes instauré par la décision *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*²²⁸, comme du contrôle de leur conventionnalité développé à l'occasion de l'affaire *Conseil national des barreaux*²²⁹. Enfin, la Haute Assemblée achève cette évolution par un important revirement de jurisprudence par sa décision *Mme Perreux*, en affirmant que « *tout justiciable peut se prévaloir, à l'appui d'un recours dirigé contre un acte administratif non réglementaire, des dispositions précises et inconditionnelles d'une directive, lorsque l'État n'a pas pris, dans les délais impartis par celle-ci, les mesures de transposition nécessaires* »²³⁰.

Comme le relève le Rapporteur public Mattias GUYOMAR dans ses conclusions sur cet arrêt²³¹, l'admission de cette nouvelle possibilité de contestation est subordonnée à la satisfaction de deux conditions s'ajoutant à la défaillance de transposition. En effet, il est nécessaire de remarquer, d'une part, que cette contestation est soumise à l'éventuelle question de la validité juridique de la directive européenne. Si le moyen est soulevé, le juge administratif est amené à vérifier que la directive européenne invoquée est conforme à la légalité européenne, à la

²²⁷ Par exemple, CE 13 décembre 1985, *Zakine*, Rec., Tables, p. 448, p. 515, p. 516, p. 740 et p. 750 ; ou encore CE 28 septembre 1998, *Ferrari*, Rec., Tables, p. 801 et p. 1142.

²²⁸ CE Ass. 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*, Rec. p. 55, concl. M. GUYOMAR ; R.F.D.A., p. 384, concl., p. 565, note A. LEVADE, p. 578, note X. MAGNON, p. 601, chron. A. ROBLOT-TROIZIER, p. 789, note A. CANEDO-PARIS ; R.T.D.E., p. 378, concl. et note P. CASSIA ; R.D.P., p. 1031, note J. ROUX ; Dr. Env., n° 147, p. 83, comm. S. ROUSSEAU ; D.A., mai 2007, ét. n° 7, p. 9, note M. GAUTIER et F. MELLERAY ; L.P.A., n° 133, 4 juillet 2007, p. 23, note P. CHRESTIA ; R.J.E.P., p. 298, note B. PLESSIX ; R.G.D.I.P., p. 970, note J. MATRINGE ; D., n° 32, Ét. et comm., p. 2272, note M. VERPEAUX ; J.C.P., A., 2081, note G. DRAGO ; G.A.J.A. n° 114.

²²⁹ CE Sect. 10 avril 2008, *Conseil national des barreaux et autres et Conseil des barreaux européens*, Rec. p. 130, concl. M. GUYOMAR ; R.F.D.A., p. 575, concl., p. 606, chron. A. ROBLOT-TROIZIER, p. 711, note H. LABAYLE et R. MEHDI ; A.J.D.A., p. 1085, chron. J. BOUCHER et B. BOURGEOIS-MACHUREAU ; Gaz. Pal., n° 113, 22 avril 2008, p. 2, étude T. WICKERS et n° 117, 26 avril 2008, p. 2, note X. NORMAND-BODARD ; D., n° 33, p. 2322, note C. CUTAJAR ; J.C.P., G., Act. 260, note C. CUTAJAR ; J.C.P., A., 2110, note C. CUTAJAR ; D.A., juin 2008, comm. n° 83, p. 30, note M. GAUTIER ; R.J.E.P., n° 655, p. 19, note L. AZOULAI.

²³⁰ CE Ass. 30 octobre 2009, *Mme Perreux*, Rec. p. 408, concl. M. GUYOMAR ; R.F.D.A., p. 1125, concl., p. 1276, chron. T. RAMBAUD et A. ROBLOT-TROIZIER, p. 1146, note P. CASSIA, ; A.J.D.A., p. 2385 et p. 2391, chron. S.-J. LIÉBER et D. BOTTEGHI ; J.C.P., G., 542, note S. et V. CORNELOUP ; D.A., décembre 2009, Étude n° 21, p. 7, note M. GAUTIER ; R.F.D.A., 2010, p. 126, note M. CANEDO-PARIS, p. 201, chron. C. SANTULLI ; R.T.D.E., 2010, p. 223, note D. RITLENG ; R.G.D.I.P., 2010, p. 232, chron. L. AZOULAI ; Dr. Fisc., 2010, 219, note M. GUICHARD et R. GRAU ; J.C.P., A., 2010, 2036, comm. O. DUBOS et D. KATZ ; D., 2010, p. 351, note P. CHRESTIA, p. 553, note G. CALVES ; L.P.A., n° 110, 3 juin 2010, p. 7, note E. DUBOUT ; L.P.A., n° 119, 16 juin 2010, p. 7, note F. CHALTIEL ; G.A.J.A. n° 117.

Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après Convention E.D.H.) et à la Constitution française, dans les conditions prévues par les jurisprudences *Arcelor*²³² et *Conseil national des barreaux*²³³. Ce contrôle peut aboutir à la saisine de la Cour de justice sur le fondement de l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne relatif au renvoi préjudiciel. D'autre part, l'invocabilité de la directive européenne et, partant, la recevabilité de la contestation sont soumises à la formulation des dispositions de la directive européenne qui doivent être « *précises et inconditionnelles* ». Cette détermination appartient au juge, et la démarche à suivre est développée par le Rapporteur public Mattias GUYOMAR dans ses conclusions : « *nous vous invitons à retenir une acception stricte de cette qualité de la disposition invoquée qui nous semble souhaitable afin de préserver votre légitimité dans l'application directe d'une directive. C'est à cette condition en effet que sera évité le double risque d'un empiètement des institutions communautaires dans le domaine de compétence des autorités normatives nationales et d'une attitude usurpatoire du juge* »²³⁴.

2. Les difficultés liées à la « directive retour » et la synthèse du régime d'invocabilité des directives européennes devant le juge français

Toutefois, la solution posée par l'arrêt *Mme Perreux* est loin de résoudre toutes les difficultés concrètes liées à l'invocation des directives européennes. Certes, le considérant de principe reconnaît l'invocabilité des dispositions « *précises et inconditionnelles* » d'une directive non transposée à l'encontre des actes non réglementaires, à l'échéance du délai de transposition. Mais, après avoir conclu à l'absence d'applicabilité directe des articles de la directive invoqués par *Mme Perreux*, l'Assemblée du contentieux ne procède pas à l'examen des autres possibilités d'invocation habituellement reconnues à de tels énoncés. À l'occasion de

²³¹ GUYOMAR M., concl. sur CE Ass. 30 octobre 2009, *Mme Perreux*, R.F.D.A., 2009, p. 1125 à 1146, p. 1138.

²³² CE Ass. 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*, précité.

²³³ CE Sect. 10 avril 2008, *Conseil national des barreaux et autres et Conseil des barreaux européens*, précité.

²³⁴ GUYOMAR M., concl. sur CE Ass. 30 octobre 2009, *Mme Perreux*, R.F.D.A., 2009, p. 1125 à 1146, p. 1138.

l'expiration du délai de transposition de la « directive retour »²³⁵, dont l'échéance était fixée au 24 décembre 2010, les tribunaux administratifs sont saisis de nombreux recours en annulation d'arrêtés de reconduite à la frontière. L'article 7 de la directive impose de prévoir un délai pour permettre aux étrangers de partir volontairement, ce que l'article L-511-1-II du Code d'entrée et de séjour des étrangers et du droit d'asile ne fait pas encore à cette époque²³⁶. Les tribunaux administratifs appliquent le principe tiré de la jurisprudence *Mme Perreux* et examinent la précision et l'inconditionnalité de l'article 7 de la « directive retour ». Non seulement cette démarche aboutit à de nombreuses divergences d'appréciation²³⁷, mais encore, pour les hypothèses où la disposition invoquée est considérée comme dépourvue d'effet direct, la directive est totalement écartée. En d'autres termes, les possibilités d'invocation des dispositions non directement applicables d'une directive européenne, telles qu'elles résultent des jurisprudences *S.A. Cabinet Revert et Badelon*

²³⁵ Directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008, relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, J.O.U.E. L 348 du 24 décembre 2008, p. 98.

²³⁶ Cet article de la directive est transposé par l'article 37 de la loi n° 2011-672 du 16 juin 2011, relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité, J.O.R.F. n° 0139 du 17 juin 2011, p. 10290, texte n° 1.

²³⁷ Dans la Tribune de l'A.J.D.A., Marie GAUTIER relève sur ce point les jugements contradictoires du Tribunal administratif de Marseille, à 48 heures d'intervalle : *Où l'on reparle de l'effet direct des directives communautaires*, A.J.D.A., 2011, p. 297. TA Marseille 2 février 2011, *Benberkat*, n° 1100605, inédit au Recueil Lebon : « en énonçant que la décision de retour prévoit un délai approprié allant de sept à trente jours pour le départ volontaire, sans préjudice des exceptions visées aux paragraphes 2 et 4, les dispositions de l'article 7, dont les termes sont univoques et ne dépendent d'aucune condition fixent une règle qui est précise et inconditionnelle, (...) par suite, M. Benberkat peut se prévaloir, à l'appui de son recours dirigé contre l'arrêté du 30 janvier 2011 des dispositions de l'article 7 de la directive 2008/115/CE susvisée alors que l'État n'a pas pris, dans le délai imparti par cette dernière, les mesures de transposition nécessaires ». TA Marseille 4 février 2011, *Agoujil*, n° 1100699, inédit au Recueil Lebon : les dispositions de la directive « n'affectent pas la compétence laissée aux États membres pour décider des conditions d'octroi du délai de départ volontaire et notamment dans les cas visés au paragraphe 4 de l'article 7 précité pour lesquels il appartient précisément aux États membres de déterminer le régime applicable ; qu'ainsi, eu égard aux conditions restant à définir pour la mise en œuvre de ces dispositions, ces dernières ne peuvent être regardées comme présentant un caractère précis et inconditionnel et sont donc dépourvues d'effet direct devant la juridiction administrative ; que, dès lors, M. Agoujil ne peut utilement se prévaloir des dispositions précitées de la directive 2008/115/CE, alors, au demeurant, que le préfet soutient que l'intéressé présente un risque de fuite ; considérant, en cinquième lieu, qu'il résulte de ce qui précède, que le moyen tiré de la méconnaissance de l'article L. 511-1, II du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile des objectifs des dispositions de la directive communautaire précitée est inopérant ».

et *Ministre du Budget c. S.A. Jacques Dangeville*²³⁸ ou encore de l'arrêt *M. Tête et Association de sauvegarde de l'Ouest lyonnais*²³⁹, ne sont pas envisagées.

Saisi par le Tribunal administratif de Montreuil²⁴⁰ sur le fondement de l'article L. 113-1 du Code de justice administrative²⁴¹, le Conseil d'État rend un avis contentieux synthétisant le régime de l'invocabilité des directives européennes : « *la transposition en droit interne des directives communautaires, qui est une obligation résultant du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, revêt, en outre, en vertu de l'article 88-1 de la Constitution, le caractère d'une obligation constitutionnelle. Pour chacun de ces deux motifs, il appartient au juge national, juge de droit commun de l'application du droit de l'Union européenne, de garantir l'effectivité des droits que toute personne tient de cette obligation à l'égard des autorités publiques. Tout justiciable peut, en conséquence, faire valoir, par voie d'exception, qu'après l'expiration des délais impartis, les autorités nationales ne peuvent ni laisser subsister ni continuer de faire application des règles, écrites ou non écrites, de droit national qui ne seraient pas compatibles avec les objectifs définis par les directives, y compris en ce qu'elles ne prévoient pas des droits ou des obligations prévues par ces dernières. Il peut également se prévaloir, à l'appui d'un recours dirigé contre un acte administratif non réglementaire, des dispositions précises et inconditionnelles d'une directive, lorsque l'État n'a pas pris, dans les délais impartis par celle-ci, les mesures de transposition nécessaires* »²⁴².

Face à un pourvoi en cassation formé contre une décision de la Cour d'appel de Metz dans le cadre duquel l'appréciation de l'applicabilité de la « directive retour » est nécessaire, la première chambre civile de la Cour de cassation s'aligne sur

²³⁸ CE Ass. 30 octobre 1996, *S.A. Cabinet Revert et Badelon*, et CE Ass. 30 octobre 1996, *Ministre du Budget c. S.A. Jacques Dangeville*, précités.

²³⁹ CE Ass. 6 février 1998, *M. Tête et Association de sauvegarde de l'Ouest lyonnais*, précité.

²⁴⁰ TA Montreuil 20 janvier 2011, *Jin*, n° 1100323, inédit au Recueil Lebon : « *les dispositions des articles 7 et 8 de la directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier sont-elles précises et inconditionnelles et, par suite, directement invocables en droit interne en l'absence de transposition par le législateur ?* ».

²⁴¹ « *Avant de statuer sur une requête soulevant une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges, le tribunal administratif ou la cour administrative d'appel peut, par une décision qui n'est susceptible d'aucun recours, transmettre le dossier de l'affaire au Conseil d'État, qui examine dans un délai de trois mois la question soulevée. Il est sursis à toute décision au fond jusqu'à un avis du Conseil d'État ou, à défaut, jusqu'à l'expiration de ce délai* ».

la jurisprudence du Conseil d'État en estimant que « *l'ordonnance relève exactement qu'il résulte de la lecture de l'article 16 de la directive 2008/115/CE que ses dispositions en sont claires et précises en ce qu'elles prévoient, au paragraphe 5, que la personne placée en rétention doit avoir communication des informations expliquant le règlement des lieux, être informée de son droit de contacter différentes organisations et instances et mise en mesure de l'exercer, la faculté reconnue aux États, au paragraphe 4, de soumettre à autorisation les visites de celles-ci ne suffisant pas à rendre conditionnelles ces prescriptions ; que le premier président en a déduit, à bon droit, que les dispositions de l'article 16, paragraphe 5, de la directive, non transposées en droit interne, remplissaient, à l'expiration du délai de transposition, les conditions requises pour être invoquées par l'intéressé* »²⁴³.

Si l'obligation de transposition inhérente à la directive européenne est à l'origine comprise comme un corollaire de sa nécessaire absence d'applicabilité directe, les évolutions jurisprudentielles les plus récentes démontrent qu'elle est paradoxalement devenue un facteur d'invocabilité directe. Les normes juridiques exprimées par les directives européennes ne sont désormais plus identifiées comme non directement applicables du seul fait de leur mode d'édiction, mais selon les critères matériels de précision et d'inconditionnalité.

Paragraphe II : L'absence d'applicabilité directe des actes et normes d'orientation de l'action des autorités publiques

Les circulaires et directives administratives sont des instruments internes à l'administration édictés dans le but principal d'harmoniser l'action administrative et ont pour destinataires directs des agents. À ces caractéristiques s'ajoute le constat selon lequel les circulaires comme les directives ne constituent pas de véritables décisions, ne sont pas des actes « *faisant grief* » et ne peuvent donc faire l'objet d'un recours. Mais les difficultés de contestation des circulaires et directives sont principalement liées au fait qu'elles sont, en principe, l'expression de la fonction

²⁴² CE, avis, 21 mars 2011, *Jin et Thiero*, nos 345978 et 346612, Rec. p. 93 ; A.J.D.A., 2011, p. 1688, note H. ALCARAZ.

²⁴³ Cass. civ. 1^{ère} 1^{er} février 2012, n° 11-30.086, *Elhwary*, à paraître au Bulletin civil I.

institutionnelle de l'administration, distincte de sa fonction normative²⁴⁴. La confrontation de la nature de ces actes d'harmonisation de l'action administrative à la limitation de leurs possibilités de contestation conduit donc à les considérer comme nécessairement non directement applicables (A). Au-delà de ces deux catégories d'actes, il reste à envisager la situation de certaines catégories de normes, telles que les objectifs de valeur constitutionnelle, les énoncés relatifs à certains droits sociaux et environnementaux ou les standards juridiques. Ces normes se distinguent par leur formulation « floue », adaptée à leur fonction de direction souple des conduites et peuvent être perçues comme nécessairement dépourvues d'applicabilité directe (B).

A – L'absence d'applicabilité directe déduite de la fonction des actes d'harmonisation de l'action administrative

Traditionnellement, il existe deux principaux types d'instruments juridiques d'encadrement de l'action administrative, visant à en harmoniser l'action : les circulaires et les directives administratives. Les circulaires peuvent se définir comme des « *instructions adressées par un supérieur hiérarchique au personnel placé sous son autorité et qui [sont destinées] à guider l'action des fonctionnaires et agents dans l'application des lois et règlements* »²⁴⁵ (1). Quant aux directives, elles ont une fonction d'encadrement du pouvoir discrétionnaire et correspondent à la situation où « *une autorité administrative investie du pouvoir de prendre de façon discrétionnaire des décisions individuelles soumet elle-même l'exercice de ce pouvoir à des règles de fond* » auxquelles il doit lui être possible de déroger à certaines conditions²⁴⁶ (2).

²⁴⁴ « Lorsque l'administration a recours aux circulaires, ce n'est pas en raison de son aptitude à créer du droit, mais en effet de sa nature institutionnelle », Yves GAUDEMET, *Remarques à propos des circulaires administratives*, in *Problèmes de droit public contemporain*, Mélanges M. STASSINOPOULOS, L.G.D.J., 1974, p. 561 à 576, p. 562.

²⁴⁵ CORNU G., Association H. CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, Paris, P.U.F., Quadrige, 9^e éd., 2011, v^e « Circulaire », p. 173.

²⁴⁶ BERTRAND L., concl. sur CE Sect. 11 décembre 1970, *Crédit Foncier de France c. Demoiselle Gaupillat et Dame Ader*, Rec. p. 750 à 760, p. 752.

1. Les circulaires

Dans ses conclusions sur l'affaire *Institution Notre-Dame du Kreisker*²⁴⁷, le commissaire du Gouvernement Bernard TRICOT écrit que « la circulaire est un pavillon qui peut recouvrir toutes sortes de marchandises : ordres du jour, conseils, recommandations, directives d'organisation et de fonctionnement, règles de droit »²⁴⁸. La jurisprudence *Mme Du vignères*²⁴⁹ fixe « le régime contentieux d'un grand nombre de mesures qui, sous des intitulés divers (circulaires, instructions, directives), sont prises par les chefs de service, et notamment, les ministres, à l'égard de leurs administrations pour en encadrer l'activité – et auxquelles celles-ci attachent souvent plus d'importance qu'aux dispositions législatives et réglementaires »²⁵⁰.

Les circulaires représentent autant de directions adressées par des chefs de service aux personnels dont ils encadrent l'action. Par conséquent, la circulaire s'adresse aux fonctionnaires et agents de l'administration, et constitue en principe un intermédiaire entre un énoncé juridique et la décision individuelle qui en découle. Cette décision individuelle s'adresse, elle, directement à l'administré : elle assure une fonction de filtre entre un texte juridique et la décision à prendre en rapport avec l'esprit du texte ou la lettre de la règle²⁵¹. En d'autres termes, les « circulaires interprétatives (...) ne sont pas en elles-mêmes porteuses de normes "juridiques". Elles

²⁴⁷ CE Ass. 29 janvier 1954, *Institution Notre-Dame du Kreisker*, Rec. p. 64 ; R.P.D.A., p. 50, concl. B. TRICOT ; A.J.D.A., p. 5, chron. F. GAZIER et M. LONG ; R.D.P., 1955, p. 175, note M. WALINE.

²⁴⁸ TRICOT B., conclusions sur CE Ass 29 janvier 1954, *Institution Notre-Dame du Kreisker*, R.P.D.A., 1954, p. 50.

²⁴⁹ CE Sect. 18 décembre 2002, *Mme Du vignères*, Rec. p. 463, concl. P. FOMBEUR ; R.F.D.A., 2003, p. 280, concl., p. 510, note J. PETIT ; A.J.D.A., 2003, p. 487, chron. F. DONNAT et D. CASAS ; L.P.A., n° 124, 23 juin 2003, p. 19, note P. COMBEAU ; D.A., mars 2003, Repères n° 3, p. 3, note J.-B. AUBY ; G.A.J.A. n° 110. Cf. PRÉTOT X., *Le régime des circulaires et instructions est-il réductible à la recevabilité du recours pour excès de pouvoir ? Quelques réflexions à la lumière de la décision Mme Du vignères*, in *Mouvement du droit public*, Mélanges Franck MODERNE, Paris, Dalloz, 2004, p. 357.

²⁵⁰ LONG M., WEIL P., BRAIBANT G., DELVOLVÉ P., GENEVOIS B., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, Dalloz, 18^e éd., 2011, n° 110, p. 841 à 850, p. 844.

²⁵¹ Cette fonction est identifiée par Geneviève KOUBI dans ses nombreux travaux sur le sujet, en particulier dans, *Les circulaires administratives*, Paris, Economica, Collection Corpus Essais, 2003.

imposent, certes, des conduites plus ou moins précises de la part des agents administratifs, mais elles n'ont d'effet sur les situations juridiques des particuliers que "par ricochet" »²⁵².

Dans un premier temps, les circulaires administratives souffrent de deux obstacles à la reconnaissance de leur caractère normatif. Le premier est leur appartenance à l'ordre administratif intérieur, appréhendé uniquement au travers du prisme de la mesure d'ordre intérieur : « *procédant de la fonction institutionnelle de l'administration, distincte de sa fonction normative proprement dite, les circulaires et instructions ne constituent pas, au premier chef, un phénomène juridique, et s'il est vrai qu'elles produisent parfois les effets qui s'attachent aux actes unilatéraux que les autorités administratives peuvent édicter en application du pouvoir réglementaire qu'elles détiennent, ce n'est, en quelque sorte, que de manière purement accidentelle* »²⁵³. Le second obstacle est issu de la négation d'une fonction normative à l'opération d'interprétation, de commentaire des textes effectuée par les supérieurs hiérarchiques au travers des circulaires. Or, comme le démontrent certains auteurs²⁵⁴, cette interprétation est bien source d'obligations juridiques, ne serait-ce qu'à l'égard des personnels subordonnés à l'auteur de la circulaire.

Dans un second temps, la détermination de la normativité et l'identification de l'applicabilité des circulaires s'opèrent au moyen du même critère : celui de la recevabilité du recours pour excès de pouvoir formé à leur encontre. En effet, le caractère normatif et l'applicabilité des circulaires ne sont envisagés qu'à partir de l'analyse de leur contrôle juridictionnel. Les circulaires non impératives légales présentent des qualités normatives, en dehors de la circonstance de l'irrecevabilité d'un recours pour excès de pouvoir formé à leur encontre ou encore de leur potentiel

²⁵² KOUBI G., *Distinguer "l'impératif" du "réglementaire" au sein des circulaires administratives*, R.D.P., 2004, p. 499 à 544, p. 519.

²⁵³ PRÉTOT X., *Le régime des circulaires et instructions est-il réductible à la recevabilité du recours pour excès de pouvoir ? Quelques réflexions à la lumière de la décision Mme Duvoignères*, in *Mouvement du droit public*, Mélanges en l'honneur de Franck MODERNE, Paris, Dalloz, 2004, p. 357 à 377, p. 358.

²⁵⁴ Notamment Pascal COMBEAU, *Réflexion sur les fonctions juridiques de l'interprétation administrative*, R.F.D.A., 2004, p. 1069. Cf. également GROULIER C., *L'impératif dans la jurisprudence Duvoignères : réflexion sur un sésame contentieux*, R.F.D.A., 2008, p. 941 ; KOUBI G., *Distinguer "l'impératif" du "réglementaire" au sein des circulaires administratives*, R.D.P., 2004, p. 499.

d'invocabilité fort limité au plein contentieux²⁵⁵, comme le démontre Pascal COMBEAU au travers de l'exemple de la circulaire « Fillon » de 2004²⁵⁶.

Ainsi, les circulaires ne forment pas une catégorie d'actes exprimant des normes non directement applicables par définition. De même, les circulaires interprétatives légales ne sont ni dépourvues de caractère normatif, ni non directement applicables par essence. Réciproquement, une circulaire n'est pas qualifiée d'« impérative » au sens de la jurisprudence *Mme Du vignères*²⁵⁷ du seul fait de son caractère normatif : « assurément, P. COMBEAU peut affirmer que "l'interprétation administrative touche en effet l'administré de manière directe, soit en créant à son égard une véritable obligation à laquelle il doit se plier, soit en lui imposant un changement de doctrine qui s'impose à lui"²⁵⁸ ; mais, ce n'est pas toujours le cas. L'interprétation du droit applicable étant seulement donnée "en vue de l'édition de décisions"²⁵⁹, telle qu'elle est présentée dans une circulaire administrative, elle n'est pas par elle-même de qualité décisionnelle. C'est principalement en raison de cet objectif qu'elle acquiert une qualité impérative qui la dote du caractère "d'un acte faisant grief" mais la recevabilité d'un recours n'emporte pas nécessairement la qualification de l'acte ainsi attaqué

²⁵⁵ Sur ce point, cf. la synthèse opérée par Pascal COMBEAU, *Un oubli dans la réforme : l'invocabilité des circulaires et instructions administratives*, A.J.D.A., 2000, p. 495.

²⁵⁶ COMBEAU P., *Réflexion sur les fonctions juridiques de l'interprétation administrative*, R.F.D.A., 2004, p. 1069 à 1078, p. 1075 : cette circulaire définit les tenues et signes religieux ostensibles au sens de la loi du 15 mars 2004, en ajoutant au texte interprété la catégorie des « signes ostensibles par destination ». Cf. circulaire n° 2004-084 du 18 mai 2004, dite « Fillon », relative à la mise en œuvre de la loi n° 2004-228 du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics, J.O.R.F. n° 118 du 22 mai 2004, p. 9033, texte n° 10 ; B.O. n° 21 du 27 mai 2004. Voir également loi n° 2004-228 du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics, J.O.R.F. n° 65 du 17 mars 2004, p. 5190, texte n° 1.

²⁵⁷ CE Sect. 18 décembre 2002, *Mme Du vignères*, Rec. p. 463, concl. P. FOMBEUR ; R.F.D.A., 2003, p. 280, concl., p. 510, note J. PETIT ; A.J.D.A., 2003, p. 487, chron. F. DONNAT et D. CASAS ; L.P.A., n° 124, 23 juin 2003, p. 19, note P. COMBEAU ; D.A., mars 2003, Repères n° 3, p. 3, note J.-B. AUBY ; G.A.J.A. n° 110. Cf. PRÉTOT X., *Le régime des circulaires et instructions est-il réductible à la recevabilité du recours pour excès de pouvoir ? Quelques réflexions à la lumière de la décision Mme Du vignères*, in *Mouvement du droit public*, Mélanges en l'honneur de Franck MODERNE, Paris, Dalloz, 2004, p. 357.

²⁵⁸ COMBEAU P., *Un oubli dans la réforme : l'invocabilité des circulaires et instructions administratives*, A.J.D.A., 2000, p. 495 à 506, p. 502.

²⁵⁹ Reprenant ici la formule de Pascale FOMBEUR, concl. sur CE Sect. 18 décembre 2002, *Mme Du vignères*, R.F.D.A., 2003, p. 280 à 289, p. 287.

comme “normatif” »²⁶⁰. Par conséquent, les circulaires ne forment pas une catégorie d’actes exprimant des normes nécessairement non directement applicables. « *La circulaire administrative est un acte à portée normative variable, s’échelonnant de l’interprétation à la création. L’existence de dispositions impératives, reconnues explicitement ou implicitement par le juge, conditionne la recevabilité d’un recours contre elle* »²⁶¹.

2. Les directives administratives

Les directives administratives constituent une catégorie d’actes créée en 1970 par la décision *Crédit Foncier de France c. Demoiselle Gaupillat et Dame Ader*²⁶² du Conseil d’État, dont la définition est constante et régulièrement reprise²⁶³. Le contexte d’après-guerre favorise l’interventionnisme économique et « *l’action administrative, qui s’est ainsi élargie, a changé de nature, passant de la mise en œuvre de moyens de contrainte à l’incitation par octroi d’avantages liés à des opérations déterminées. Cette action s’exerce soit dans le cadre de contrats proprement dits ou de promesses, soit par la voie de décisions individuelles au caractère d’actes-condition, avec en de nombreux cas déconcentration du pouvoir de décision, et même délégation de ce pouvoir à des organismes publics ou privés* »²⁶⁴. Il devient nécessaire de permettre à l’administration de définir et

²⁶⁰ KOUBI G., *Distinguer “l’impératif” du “réglementaire” au sein des circulaires administratives*, R.D.P., 2004, p. 499 à 544, p. 519.

²⁶¹ CHALTIEL F., *Actualité des circulaires*, A.J.D.A., 2011, p. 1930 à 1935, p. 1935.

²⁶² CE Sect. 11 décembre 1970, *Crédit Foncier de France c. Demoiselle Gaupillat et Dame Ader*, Rec. p. 750, concl. L. BERTRAND ; A.J.D.A., 1971, p. 196, note H.T.C. ; D., 1971, p. 672, note D. LOSCHAK ; R.D.P., 1971, p. 1224, note M. WALINE ; J.C.P., G., 1972, II, 17232, note M. FROMONT ; G.A.J.A. n° 84.

²⁶³ CE Sect. 18 novembre 1977, *Société anonyme Entreprise J. Marchand*, Rec. p. 442, concl. M. FRANC ; A.J.D.A., 1978, p. 654, note A.-H. MESNARD ; CE 23 mai 1980, *Agence nationale pour l’amélioration de l’habitat (A.N.A.H.)*, Rec. p. 238 ; D., 1980, I.R., p. 558, obs. P. DELVOLVÉ ; CE 25 juillet 1985, *Mme Blat*, Rec., Tables, p. 483 et p. 680 ; CE 14 décembre 1988, *S.A. Gilbert Marine*, Rec. p. 444 ; A.J.D.A., 1989, p. 266, note J.-B. AUBY. CE 26 juin 1985, *Association trinitaine de défense de la pêche à pied et de l’environnement*, Rec. p. 207 ; L.P.A., 7 décembre 1985, p. 2, note F. MODERNE : « *si par une circulaire en date du 3 janvier 1973, les ministres chargés des finances et de l’équipement ont défini “les principes directeurs” et les “orientations” de la politique qui devrait être dorénavant suivie pour l’utilisation du domaine public maritime et donné pour directive aux autorités chargées de statuer sur les demandes de concessions d’endiguage de ne pas aliéner la propriété des parcelles créées et de n’y accepter que l’implantation d’équipements collectifs à l’exclusion de l’habitat privatif, ils n’ont pas édicté de règles de droit modifiant ou complétant les dispositions de l’article L. 64 du code des domaines de l’État dont ils se sont bornés à faire application ; qu’il en résulte que la circulaire du 3 janvier 1973, intervenue dans une matière où les autorités administratives compétentes ont un pouvoir discrétionnaire, est dépourvue de caractère réglementaire* ».

²⁶⁴ BERTRAND L., concl. sur CE Sect. 11 décembre 1970, *Crédit Foncier de France c. Demoiselle Gaupillat et Dame Ader*, Rec. p. 750 à 759, p. 753.

de faire connaître aux intéressés les critères objectifs fondant ses décisions individuelles, les conditions de fond auxquelles est soumis l'octroi de certains avantages²⁶⁵.

Partant, deux obstacles s'opposent à la satisfaction de ces exigences. D'une part, le pouvoir réglementaire des ministres est limité de telle sorte qu'ils sont incompétents pour imposer des critères de référence à leurs services lorsque ceux-ci prennent des décisions individuelles²⁶⁶. D'autre part, la règle de l'examen individuel s'applique en cas de discrétionnarité du pouvoir de l'administration et s'oppose à ce qu'elle édicte par avance une règle de conduite impérative annihilant sa marge d'appréciation.

Face à cette situation, le commissaire du Gouvernement Louis BERTRAND propose une alternative : le recours à la notion de directive administrative. Il explique que « *pour garantir aux administrés un minimum d'égalité de traitement, l'autorité administrative investie d'un pouvoir d'appréciation discrétionnaire [peut définir] pour elle-même une doctrine d'action, pourvu que cette doctrine ne consiste pas en l'énoncé de règles proprement dites, à caractère contraignant* »²⁶⁷. Il poursuit en proposant d'« *admettre que les motifs d'une décision individuelle puissent légalement consister en une référence à la doctrine que l'administration s'est donnée et qui, dès lors qu'elle est appliquée, doit l'être à toutes les situations semblables, à peine de méconnaissance de la règle de non-discrimination. Ce serait à cette double condition que les directives invoquées, auxquelles s'étendrait naturellement le contrôle exercé par le juge sur les motifs des décisions individuelles, soient conformes aux fins poursuivies par le législateur ou l'autorité réglementaire, et qu'elles ne soient pas exclusives de dérogations justifiées par des circonstances particulières dont l'administration resterait tenue de rechercher dans chaque cas*

²⁶⁵ BERTRAND L., *op. cit.*, p. 753 : « *cette définition est en effet indispensable, autant pour assurer l'égalité de candidats et éviter les discriminations arbitraires entre eux, que pour maintenir à travers la déconcentration la cohérence de l'action administrative, et même laisser place aux perspectives ouvertes par l'informatique* ».

²⁶⁶ La Section du contentieux du Conseil d'État avait refusé de reconnaître le pouvoir réglementaire aux ministres, malgré les suggestions formulées par le commissaire du Gouvernement Nicole QUESTIAUX : CE Sect. 23 mai 1969, *Société Distillerie Brabant et Cie*, Rec. p. 264, concl. N. QUESTIAUX ; A.J.D.A., p. 640, concl., p. 645, note G. TOURNIÉ ; R.D.P., p. 1127, concl. ; D., 1970, p. 762, note M. FROMONT.

²⁶⁷ BERTRAND L., *op. cit.*, p. 757.

si elles existent »²⁶⁸. Ainsi, après un examen particulier de chaque affaire, l'autorité compétente est en droit de s'écarter de la solution préconisée par la directive administrative, soit pour des motifs d'intérêt général, soit pour des motifs dus à la particularité de l'affaire. La directive administrative « *n'est cependant pas une règle de droit : ni impérative, ni permissive* » ; « *il y a là un phénomène très curieux de pseudo-règle de droit* »²⁶⁹. Cette applicabilité conditionnelle, conséquence de la nature particulière de la directive administrative, a pour effet la déduction de son caractère non directement applicable « par définition ».

La notion même de directive administrative comprendrait comme élément constitutif son applicabilité indirecte, ou encore aurait pour conséquence technique cette applicabilité relative. Toutefois, les conséquences réelles des directives administratives contredisent ce raccourci hâtif. Les directives, pour autant qu'elles soient juridiquement valides, sont opposables à l'administré dans la mesure où elles peuvent servir de fondement explicite à une décision administrative. Elles sont également opposables à l'administration, l'administré pouvant ainsi se prévaloir de leur existence devant elle ou devant le juge. Aussi est-il possible de contester, selon les hypothèses, tant la décision prise conformément à une directive²⁷⁰ que celle de déroger à une directive²⁷¹. Plus encore, il est nécessaire de rappeler que l'individu peut exciper de l'illégalité d'une directive administrative afin d'obtenir l'annulation d'un acte en faisant application. Néanmoins, si la directive administrative constitue

²⁶⁸ BERTRAND L., *op. cit.*, p. 757.

²⁶⁹ WALINE M., *L'autolimitation du pouvoir discrétionnaire par des « directives »*, note sous l'arrêt *Crédit Foncier de France*, R.D.P., 1971, p. 1224 à 1231, spé. p. 1228 et p. 1231.

²⁷⁰ CE Sect. 11 décembre 1970, *Crédit Foncier de France c. Demoiselle Gaupillat et Dame Ader*, précité : « *pour refuser l'allocation mentionnée à l'article 6 du règlement général du 27 avril 1946, la Commission nationale s'est référée aux normes contenues dans une de ses propres directives par lesquelles elle entendait, sans renoncer à exercer son pouvoir d'appréciation, sans limiter celui des commissions départementales et sans édicter aucune condition nouvelle à l'octroi de l'allocation dont s'agit, définir des orientations générales en vue de diriger les interventions du fonds ; que la demoiselle Gaupillat et la dame Ader n'invoquent aucune particularité de leur situation au regard des normes susmentionnées, ni aucune considération d'intérêt général de nature à justifier qu'il y fût dérogé et dont la Commission nationale aurait omis l'examen ; qu'elles ne soutiennent pas davantage que la directive dont s'agit aurait méconnu les buts envisagés lors de la création du Fonds national d'amélioration de l'habitat ; que, dans ces conditions, une telle référence n'entachait pas la décision de refus d'une erreur de droit* ».

²⁷¹ Par exemple, TA Nice 26 octobre 1989, *Mme Maestri*, Rec., Tables, p. 434, p. 984 et p. 1002.

la norme « *au regard de laquelle les décisions ultérieures sont adoptées* »²⁷², elle n'est pas un acte administratif « *faisant grief* » dans la mesure où elle est dépourvue de caractère « impératif » et ne modifie pas la situation juridique des intéressés. Elle est donc, par nature, insusceptible d'être contestée directement, par la voie d'un recours pour excès de pouvoir²⁷³.

Ces éléments relatifs à la force contraignante des directives administratives permettent de comprendre qu'elles ne forment pas, par elles-mêmes, une catégorie d'actes exprimant des normes nécessairement non directement applicables. Cette assimilation procède d'une confusion entre les conditions relatives au champ d'application de la règle et celles relatives à l'applicabilité de la règle telle qu'entendue par cette étude²⁷⁴. En réalité, la directive administrative confère aux normes qu'elle exprime un caractère supplétif, elles deviennent des « *normes dont les prescriptions peuvent être écartées par leurs destinataires au profit d'autres dispositions qu'ils définissent eux-mêmes* »²⁷⁵. Lorsque l'administration choisit de déroger aux dispositions d'une directive administrative, elle exerce le choix autorisé par toute directive administrative. Il est raisonnable de penser que l'administration fait ainsi application de cet acte supplétif, en ce qu'il autorise cette alternative. En cela, la directive administrative présente donc un caractère obligatoire²⁷⁶.

B – L'absence d'applicabilité directe déduite de la fonction d'encadrement souple des conduites de la norme

Si l'absence d'applicabilité directe est quelquefois associée à la nature particulière de certains actes, ce caractère peut aussi résulter d'une déduction fondée

²⁷² LONG M., WEIL P., BRAIBANT G., DELVOLVÉ P., GENEVOIS B., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, Dalloz, 18^e éd., 2011, n° 84, p. 574 à 580, p 579.

²⁷³ CE 18 octobre 1991, *Union Nationale de la propriété immobilière*, Rec. p. 338 ; CE 3 mai 2004, *Comité anti-amiante Jussieu et Association Nationale de défense des victimes de l'amiante*, Rec. p. 193 ; J.C.P., A., 1466, note L. BENOIT ; Environnement, n° 76, note L. BENOIT.

²⁷⁴ Sur cette distinction, cf. *supra*, « Introduction », p. 48.

²⁷⁵ GROULIER C., *L'impératif dans la jurisprudence Duvignères : réflexion sur un sésame contentieux*, R.F.D.A., 2008, p. 941 à 950, p. 942.

²⁷⁶ Comme le démontre Cécile PÉRÈS-DOURDOU, *La règle supplétive*, Paris, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 421, 2004, spé. p. 145 à 148.

sur la fonction d'orientation de certaines normes juridiques. Ces dernières ont pour objet d'encadrer les conduites de manière souple, ce qui se reflète dans la technique de formulation de leurs énoncés. Aussi, les énoncés téléologiques ou programmatiques (1), comme les standards juridiques (2), peuvent être réputés dépourvus d'applicabilité directe.

1. Les normes d'objectif

Si Rudolph VON JHERING estimait que « *le droit n'est pas le principe supérieur qui régit le monde ; il n'est pas un but en soi ; il n'est que le moyen de réaliser un but, qui est le maintien de la société humaine* »²⁷⁷, certaines considérations finalistes se manifestent désormais à travers la formulation d'objectifs dans des énoncés juridiques de plus en plus nombreux. Leur réalisation est conçue comme progressive et prolongée dans le temps. « *L'objectif formulé dans le texte peut constituer une norme, appelée norme d'objectif, qui, dans ce cas, définit elle-même des objectifs et oblige ou interdit une personne ou une autorité à les réaliser. Elle peut également lui permettre de poursuivre ces objectifs* »²⁷⁸. La doctrine²⁷⁹ refuse souvent de reconnaître une portée normative à de tels énoncés téléologiques, préférant les considérer comme des « orientations », des « déclarations d'intention », des « directives »... « *De manière générale, les normes d'objectif ne poseraient pas d'obligation et se limiteraient à avoir une simple fonction d'orientation* »²⁸⁰. Les raisons avancées à ce défaut sont généralement « *l'absence de caractère prescriptif, impératif de ces normes* »²⁸¹. Elles tiennent aussi au caractère « *extrêmement peu précis* » de leur contenu²⁸². Si l'expression « objectifs de valeur constitutionnelle » traduit nettement la nature téléologique de ces normes, les dispositions ou stipulations

²⁷⁷ VON JHERING R., *L'évolution du droit*, traduction française de la troisième édition allemande du *Zweck im Recht* par Octave DE MEULENAERE, Paris, Chevalier-Marescq, 1901, p. 169.

²⁷⁸ DE MONTALIVET P., *op. cit.*, p. 4.

²⁷⁹ En reprenant le cas des objectifs de valeur constitutionnelle, il est possible de citer, par exemple, POULIQUEN P., *L'équilibre entre les textes de 1789 et 1946*, L.P.A., n° 21, 17 février 1995, p. 5 ; LUCHAIRE F., *Brèves remarques sur une création du Conseil constitutionnel : l'objectif de valeur constitutionnelle*, R.F.D.C., 2005, n° 64, p. 681. De manière plus générale, cf. AUBY J.-B., *Le recours aux objectifs des textes dans leur application en droit public*, R.D.P., 1991, p. 327.

²⁸⁰ DE MONTALIVET P., *op. cit.*, p. 355.

²⁸¹ AUBY J.-B., *Prescription juridique et production juridique*, R.D.P., 1988, p. 673 à 686, p. 678.

²⁸² *Ibid.*

relatives aux droits sociaux et environnementaux se voient souvent dotées de cette nature par déduction²⁸³.

En dehors des quelques difficultés liées à la détermination des énoncés téléologiques²⁸⁴, les incertitudes théoriques quant à leur potentielle absence de normativité dépendent surtout de la définition du droit adoptée en amont²⁸⁵, entreprise dont les difficultés ont déjà été soulignées précédemment²⁸⁶. Or, de telles formulations ne posent pas tant de problèmes en termes de normativité, mais plutôt en termes de garanties de cette normativité qui est plus ou moins forte en fonction de certains facteurs²⁸⁷. « *Un argument de théorie juridique permet d'admettre que le fait, pour une disposition d'un texte juridique, de n'apparemment pas dire grand chose ne signifie pas que cette disposition ne doive pas développer des effets juridiques consistants. Il faut en effet distinguer la norme juridique de l'énoncé légal, réglementaire ou autre qui la fait naître : la norme, ce n'est pas l'énoncé lui-même, ce n'est pas le texte lui-même, c'est le sens que cet énoncé, que ce texte tire de l'interprétation qui est faite de lui, voire de la pratique qui est bâtie sur lui*²⁸⁸ »²⁸⁹.

²⁸³ Tels sont les cas de certains articles de la Charte de l'environnement de 2004, par exemple : CHAHID-NOURAI N., *La portée de la Charte pour le juge ordinaire*, A.J.D.A., 2005, p. 1175 à 1181, p. 1178 : « *un seul article de la Charte, en définitive, énonce un principe dont il est certain, d'après son texte comme d'ailleurs d'après les travaux préparatoires, qu'il est d'application directe : c'est le fameux principe de précaution* ». Ces interrogations sont notamment soulignées par le commissaire du Gouvernement Yann AGUILA, dans ses conclusions sur CE Ass. 3 octobre 2008, *Commune d'Annecy*, R.F.D.A., 2008, p. 1147.

²⁸⁴ Dans la mesure où les seuls éléments en la matière sont tirés du langage courant, dans lequel l'objectif est un « *but à atteindre* », un « *but précis que se propose l'action* » (Le Nouveau Petit Robert, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, 5^e « Objectif ») ou le « *point où l'on souhaite parvenir dans la réalisation d'un projet* » (Dictionnaire de l'Académie française, 9^e éd., 5^e « Objectif », second sens).

²⁸⁵ Sur ce constat, cf. DE MONTALIVET P., *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, Paris, Dalloz, Bibliothèque parlementaire et constitutionnelle, 2006, en particulier p. 323 à 327.

²⁸⁶ Cf. *supra*, « Introduction », spé. p. 26 à 41.

²⁸⁷ Cf. *infra*, Titre Second, « Chapitre premier : Une force obligatoire réelle », p. 195 et suivantes.

²⁸⁸ Jean-Bernard AUBY cite en référence certains travaux de Paul AMSELEK et de Michel TROPER : AMSELEK P., *Le rôle de la pratique dans la formation du droit. Aperçus à propos de l'exemple du droit public français*, R.D.P., 1983, p. 1471 ; TROPER M., *Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle*, in *Recueil d'études en hommage à Charles EISENMANN*, Paris, éditions Cujas, 1975, p. 133 ; TROPER M., *L'idéologie juridique*, in *Analyse de l'idéologie*, Centre d'étude de la pensée politique, Éditions Galilée, 1980, p. 221.

²⁸⁹ AUBY J.-B., *Prescription juridique et production juridique*, R.D.P., 1988, p. 673 à 686, p. 680.

2. Les standards juridiques

La caractéristique même du standard juridique est de ne pas apporter de solution fixe et précise, et sa définition ne fait pas l'objet d'un consensus de la doctrine²⁹⁰. « Il semble que l'indétermination des standards ait amené les auteurs à considérer que la notion de standard elle-même peut – ou doit – rester indéterminée, comme si le « flou », qui définit le contenu devait également caractériser le contenant »²⁹¹. Certains auteurs français des années 1920, constituant le « mouvement du standard »²⁹², reprennent la distinction entre les notions anglo-saxonnes de *rule* et de *standard*, formulée par Roscoe POUND²⁹³. Selon Stéphane RIALS, cette reprise souffre de contresens dans l'analyse²⁹⁴, et le standard doit être entendu comme « une technique de formulation de la règle de droit qui a pour effet une certaine indétermination a priori de celle-ci (...) ; le standard vise à permettre la mesure de comportements et de situations en termes de normalité, dans la double acception de ce terme »²⁹⁵. Il développe une triple définition fonctionnelle du standard qu'il entend donc comme une technique de délégation ou de réservation du pouvoir, comme une technique rhétorique et comme une technique de régularisation du droit. Ces trois fonctions peuvent trouver leur origine dans la volonté de conciliation entre des compétences différentes, des normes juridiques difficilement compatibles, ou encore entre le droit et le fait. L'intérêt principal de ces fonctions est qu'elles constituent « une technique juridique idoine, car ouverte à un droit évolutif »²⁹⁶, et permettent une adaptation casuistique de la norme ou du standard : elles se situent dans la conciliation, tant abstraite que concrète, entre un ensemble de

²⁹⁰ Pour une analyse des causes de l'indétermination du standard, dans le cadre d'une étude complète de la notion, cf. RIALS S., *Le juge administratif français et la technique du standard : essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, Paris, L.G.D.J., Bibliothèque de droit public, t. 135, 1980.

²⁹¹ BERNARD E., *La spécificité du standard juridique en droit communautaire*, Bruxelles, Bruylant Collection Droit de l'Union européenne, 2010, p. 4.

²⁹² Il est possible de se référer en particulier à A. A.-R. AL SANHOURY, *Les restrictions contractuelles à la liberté individuelle de travail dans la jurisprudence anglaise*, Paris, 1925 ; et à E. LAMBERT, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*, Paris, 1921.

²⁹³ *An introduction to the philosophy of the law*, New Haven, 1925.

²⁹⁴ RIALS S., *op. cit.*, spé. p. 16 à 33.

²⁹⁵ RIALS S., *op. cit.*, p. 120.

²⁹⁶ BLOUD-REY C., « Standard », in ALLAND D. et RIALS S. (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, P.U.F., 2003.

normes juridiques et un ensemble de normes extérieures, de natures variées (économiques, sociales, scientifiques, etc.).

Cependant, c'est surtout par les effets juridiques que les analogies entre la notion de standard et les normes non directement applicables se révèlent. S'agissant des effets du standard sur les autorités normatives, il est nécessaire de distinguer l'autorité créatrice du standard, qui utilise volontairement une formulation ou une référence floue, de l'autorité réceptrice du standard, qui est appelée à remplir le vide. La première formule la règle de façon à ce qu'elle soit contingente, dépendante d'autres facteurs ; la seconde est involontairement appelée à gérer l'application de cette règle, notamment par son interprétation. Selon Gérard CORNU, ce procédé « consiste pour le législateur à placer le terrain qu'il a volontairement abandonné sous l'empire d'une autre source du droit »²⁹⁷.

Partant, les similitudes avec les normes non directement applicables, objet de la présente étude, sont évidentes. Il est possible de relever de nombreux recours à des standards juridiques dans la formulation de normes non directement applicables. L'article 27-1 de la Convention relative aux droits de l'enfant des Nations Unies, jugé non directement applicable par le Conseil d'État²⁹⁸, fait appel à un standard en stipulant que « les États parties reconnaissent le droit de tout enfant à un niveau de vie suffisant pour permettre son développement physique, mental, spirituel, moral et social ». Il en va de même s'agissant des stipulations de l'article 7 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, conclu à New York le 16 décembre 1966, en vertu desquelles les États parties au Pacte reconnaissent « le droit qu'a toute personne de jouir de conditions de travail justes et favorables, qui assurent notamment : a) La rémunération qui procure, au minimum, à tous les travailleurs : i) Un salaire équitable et une rémunération égale pour un travail de valeur égale sans distinction aucune... ii) Une

²⁹⁷ CORNU G., *L'apport des réformes récentes du Code civil à la théorie du droit civil*, Cour de droit civil, doctorat, 1970-1971, Les cours du droit, 1971, p. 133. Cette citation est empruntée à Stéphane RIALS, *op. cit.*, p. 56.

²⁹⁸ CE Sect. 23 avril 1997, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (G.I.S.T.I.)*, Rec. p. 142, concl. R. ABRAHAM ; R.F.D.A., p. 585, concl. ; D., 1998, *Jurispr.*, p. 15 ; A.J.D.A., p. 435, chron. D. CHAUAUX et T.-X. GIRARDOT ; R.G.D.I.P., 1998, p. 203, ét. D. ALLAND : « ces stipulations, qui ne produisent pas d'effets directs à l'égard des particuliers, ne peuvent être utilement invoquées à l'appui de conclusions tendant à l'annulation d'une décision individuelle ou réglementaire ».

*existence décente pour eux et leur famille... »*²⁹⁹. En droit interne français, le propos peut être illustré par le standard juridique de l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946³⁰⁰, consacrant au profit des personnes « *dans l'incapacité de travailler* », « *le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence* ». Pour autant, toutes les normes comportant un standard juridique ne sont pas non directement applicables, et toutes les normes non directement applicables ne comportent pas de référence à un standard juridique.

En conclusion, il n'existe pas de catégorie d'actes juridiques qui exprimeraient des normes nécessairement non directement applicables, ni de catégorie de normes dépourvues d'applicabilité directe « par nature » ou « par définition ». En effet, l'absence d'applicabilité directe est un caractère que peuvent revêtir certaines normes, indépendamment des particularismes de l'acte juridique qui les exprime. La source de l'absence d'applicabilité directe est à rechercher dans la norme elle-même, en ce qu'elle dépend essentiellement d'éléments internes, matériels voire fonctionnels. Cependant, l'identification du caractère non directement applicable ne saurait être mécaniquement et systématiquement déduite de la formulation téléologique ou programmatique de l'énoncé, ni de la présence d'un standard juridique. En définitive, l'assimilation de l'absence d'applicabilité directe à certaines normes prédéterminées ne pourrait valablement se faire que sur le fondement d'une classification préétablie. Telle est l'option retenue pour certaines normes par une minorité d'États étrangers.

²⁹⁹ Ces stipulations sont jugées non directement applicables par le Conseil d'État : CE 25 juillet 2007, *Lowinski*, n° 292730 ; *Bourgeois*, n° 292731 ; *Dujancourt*, n° 292732 ; *Deroeux*, n° 292733 ; *Quilici*, n° 292734 ; *Moussin*, n° 292735 ; *Jolly*, n° 292736 ; *Di Benedetto*, n° 292737 ; *Faugoult*, n° 292738 ; *Hellequin*, n° 292739 ; (10 espèces), inédits au Recueil Lebon : « *ces stipulations, qui ne produisent pas d'effets directs à l'égard des particuliers, ne peuvent être utilement invoquées à l'appui de conclusions tendant à l'annulation de la décision attaquée* ».

³⁰⁰ Également jugées non directement applicable par le Conseil d'État. CE 28 juillet 2004, *Préfet de police c. Nait Saada*, n° 253927, inédit au Recueil Lebon : le principe ainsi posé par l'alinéa 11 « *ne s'impose à l'autorité administrative, en l'absence de précision suffisante, que dans les conditions et les limites définies par les dispositions contenues dans les lois ou dans les conventions internationales incorporées au droit français ; que, par suite, M. Nait Saada ne saurait utilement, pour critiquer la légalité de l'arrêté de reconduite à la frontière attaqué, invoquer ce principe indépendamment desdites dispositions* ».

Section II : L'identification des normes non directement applicables par l'établissement d'une classification, exemples de droit comparé

L'absence d'applicabilité directe de certaines normes peut se rencontrer dans de nombreux ordres juridiques, dans lesquels lui sont associés des effets variés. De nombreux États connaissent une conception des normes non directement applicables similaire à celle ayant cours en France. Par exemple, les États-Unis identifient le caractère non directement applicable des normes juridiques par l'emploi du critère de la nécessité d'une intervention ultérieure (ou *interpositio legislatoris*), établi par l'arrêt *Foster & Elam v. Neilson*³⁰¹. Les normes dépourvues de caractère auto-exécutoire, qu'elles soient constitutionnelles, législatives ou issues d'engagements internationaux, se voient privées d'effet direct par le juge américain en ce qu'elles impliquent ou appellent expressément une tierce intervention et constituent donc des *political questions*. Le pouvoir judiciaire n'est compétent que pour statuer sur les droits des individus et non sur la manière dont le pouvoir exécutif ou ses agents ont fait usage d'une compétence discrétionnaire. Dans mesure où la négociation des traités internationaux relève de la compétence du pouvoir exécutif incarné par le Président, le juge estime qu'apporter des précisions de manière prétorienne aux obligations conventionnelles, délibérément voulues générales et sources d'un pouvoir discrétionnaire étendu, reviendrait à exercer un pouvoir d'injonction que le droit ne lui reconnaît pas³⁰².

Deux précisions liminaires relatives au champ de cette analyse doivent dès à présent retenir l'attention. En premier lieu, il est nécessaire de relever que toute considération relative à l'applicabilité et à la justiciabilité des normes d'origine internationale doit prendre en compte la diversité des options d'intégration du droit international au droit interne pratiquées par les États. En effet, le droit international

³⁰¹ Cour Suprême des États-Unis, 4 février 1829, *Foster & Elam v. Neilson*, 27 U.S. (2 Pet.) 253 (1829).

³⁰² Comme le démontre Hélène TIGROUDJA, *Le juge administratif français et l'effet direct des engagements internationaux*, R.F.D.A., 2003, p. 154 à 168, p. 157. Voir également, pour une étude plus récente sur la question de l'applicabilité des traités internationaux en France et aux États-Unis, concluant à l'application de critères similaires selon des méthodes d'interprétation divergentes qui aboutissent à une reconnaissance moins importante de l'applicabilité directe outre-Atlantique, TAXIL B., *Les critères de l'applicabilité directe des traités internationaux aux États-Unis et en France*, R.I.D.C., 2007, p. 157.

fait l'objet d'une inapplicabilité de principe dans les États dualistes, pour lesquels une opération de réception des règles est indispensable à leur intégration dans le droit positif. Les règles qui n'ont pas fait l'objet d'une telle réception ne sont pas entrées en vigueur dans l'ordre interne. Malgré d'importantes différences juridiques³⁰³, elles peuvent présenter de grandes similitudes de régime contentieux avec les normes non directement applicables en droit public français. En second lieu, il reste à exclure du propos le régime juridique des directives européennes, les positions des juridictions suprêmes des États de l'Union étant désormais alignées sur la jurisprudence de la Cour de Luxembourg. Depuis le revirement opéré par l'arrêt *Mme Perreux*³⁰⁴, la jurisprudence du Conseil d'État, admettant l'effet direct vertical ascendant des directives, est en harmonie avec celle des juridictions allemandes, belges, espagnoles, grecques, portugaises, britanniques et italiennes, comme le démontre le Rapporteur public concluant sur cette affaire³⁰⁵.

De nombreux systèmes juridiques recourent à l'emploi des critères objectif et subjectif afin de déterminer l'applicabilité des règles juridiques. En revanche, il est intéressant de remarquer que certaines constitutions étrangères établissent une classification des droits fondamentaux qu'elles consacrent en plusieurs catégories. Dans de rares cas, cette catégorisation emporte des effets juridiques importants : à chacune des catégories de droits correspond un régime juridique. Par conséquent, l'applicabilité des règles constitutionnelles énonçant des droits fondamentaux est déterminée par le texte constitutionnel lui-même. Cette démarche complexe mérite d'être expliquée (Paragraphe I) avant d'en évaluer les aspects positifs et négatifs (Paragraphe II).

³⁰³ Sur la distinction entre l'applicabilité d'une norme internationale à raison de ses qualités matérielles et son impossibilité formelle à intégrer l'ordre juridique national, voir *supra*, « Introduction », p. 48.

³⁰⁴ CE Ass. 30 octobre 2009, *Mme Perreux*, précité.

³⁰⁵ GUYOMAR M., concl. sur CE Ass. 30 octobre 2009, *Mme Perreux*, précitées, p. 1132 à 1134.

Paragraphe I : Le principe de la classification des droits constitutionnellement garantis

Certaines constitutions étrangères procèdent à la détermination des effets juridiques et de l'applicabilité de leurs dispositions, le plus souvent en fonction de leur degré de normativité. À cette catégorisation constitutionnelle de droits (A) peut correspondre une catégorisation de différents niveaux de protection (B).

A - La distinction d'une pluralité de catégories de droits

La classification des droits fondamentaux constitutionnellement garantis peut être une démarche pourvue d'une portée de juridique variable : soit la catégorisation n'a que peu de conséquences juridiques (1), soit, au contraire, la classification est à la source d'une distinction des régimes de protection des droits (2).

1. Les classifications de « moindre » portée juridique

La classification de droits fondamentaux constitutionnellement garantis peut être dépourvue de toute portée juridique, résultant simplement d'un souci de clarté et de logique dans la présentation. Tel est le cas de la classification italienne établie dans la Constitution du 22 décembre 1947 qui répartit les droits fondamentaux sur quatre titres respectivement relatifs aux « *rappports civils* » (*rapporti civili*)³⁰⁶, aux « *rappports éthiques et sociaux* » (*rapporti etico-sociali*)³⁰⁷, aux « *rappports économiques* » (*rapporti economici*)³⁰⁸ et aux « *rappports politiques* » (*rapporti politici*)³⁰⁹.

³⁰⁶ Ce premier Titre est composé des articles 13 à 28 et comprend notamment l'inviolabilité du domicile (article 14), la liberté de réunion (article 17) et le droit d'association (article 18), la liberté d'expression et la liberté de la presse (article 21), les garanties de la procédure pénale (articles 24 à 27).

³⁰⁷ Les articles 29 à 34, regroupés sous le deuxième Titre de la Constitution, portent, par exemple, sur le droit à la santé (article 32), la liberté d'enseignement (article 33) ou la gratuité de l'instruction élémentaire (article 34).

³⁰⁸ Les « *rappports économiques* », visés au troisième Titre (articles 35 à 47), concernent, entre autres, le repos hebdomadaire et les congés payés (article 36), l'organisation syndicale (article 39), le droit de grève (article 40), le droit de propriété (article 42) ou l'épargne et le crédit (article 47).

³⁰⁹ Le Titre IV consacre les « *rappports politiques* » prévus par les articles 48 à 54 relatifs, par exemple, au droit de vote (article 48), au droit de pétition (article 50) et à la progressivité de l'impôt (article 53).

L'ordonnement des droits ignore ici toute considération quant à leur normativité et relève d'une catégorisation de nature purement thématique.

En revanche, les systèmes polonais, allemand, irlandais, reposent sur un classement des droits emportant quelques effets juridiques. Ainsi en est-il de la Constitution polonaise du 2 avril 1997 distingue trois catégories dans son Titre II : « les libertés et les droits personnels »³¹⁰, « les libertés et les droits politiques »³¹¹, « les libertés et les droits sociaux, économiques et culturels »³¹². L'article 81 établit un régime spécifique pour la majorité des droits et libertés appartenant à la troisième catégorie, et précise que « les droits visés aux quatrième et cinquième alinéas de l'article 65 et aux articles 66, 69, 71 et 74 à 76 ne peuvent être défendus que dans les limites définies par la loi »³¹³. Cette « clause de limitation » doit fonctionner avec celle, déjà contenue dans le texte de

³¹⁰ Articles 38 à 56.

³¹¹ Articles 57 à 63.

³¹² Articles 64 à 76.

³¹³ Les quatrième et cinquième alinéas de l'article 65 disposent respectivement que « le montant minimum de la rémunération pour le travail accompli ou la façon d'établir ce montant sont prévus par la loi » et que « les pouvoirs publics mettent en œuvre une politique visant le plein emploi productif par la réalisation de programmes de lutte contre le chômage, incluant l'organisation et le soutien d'activités de conseil, de la formation professionnelle, de travaux d'intérêt public et de travaux subventionnés ». L'article 66 précise que « 1. Chacun a droit à la sécurité et à l'hygiène du travail. Les modalités de l'exercice de ce droit et les devoirs de l'employeur sont prévus par la loi. 2. Le travailleur a droit à des jours fériés et à des congés payés annuels déterminés par la loi ; les normes maximales de durée du travail sont définies par la loi ». Selon l'article 69, « les pouvoirs publics accordent, en vertu de la loi, une aide aux personnes handicapées en matière de moyens d'existence, de formation professionnelle et de communication sociale ». L'article 71 énonce que « 1. Mettant en œuvre sa politique sociale et économique, l'État prend en considération le bien de la famille. Les familles qui se trouvent dans une situation matérielle et sociale difficile, surtout les familles nombreuses et les mères ou les pères célibataires, ont droit à une assistance particulière de la part des pouvoirs publics. 2. La mère, avant et après la naissance de l'enfant, a droit à une assistance spéciale de la part des pouvoirs publics dont l'étendue est définie par la loi ». L'article 74 est relatif à la protection de l'environnement : « 1. Les pouvoirs publics réalisent une politique garantissant la sécurité écologique aux générations présentes et futures. 2. La protection de l'environnement est le devoir des pouvoirs publics. 3. Chacun a droit à l'information sur la qualité et la protection de l'environnement. 4. Les pouvoirs publics soutiennent les activités des citoyens en faveur de la protection et de l'amélioration de la qualité de l'environnement ». L'article 75 consacre le droit au logement : « 1. Les pouvoirs publics mettent en œuvre une politique favorisant la satisfaction des besoins des citoyens en matière de logement et, en particulier, ils réagissent contre l'existence de sans-abri, accordent leur soutien au développement de logements sociaux et favorisent la tâche des citoyens visant à acquérir un logement. 2. La loi définit la protection des droits des locataires ». Enfin, en vertu de l'article 76, « Les pouvoirs publics protègent les consommateurs, les usagers et les preneurs [à bail] contre des actions exposant au danger leur santé, leur vie privée, menaçant leur sécurité et contre les pratiques malhonnêtes sur le marché. L'étendue de cette protection est définie par la loi ».

certaines articles, soumettant l'existence et l'encadrement des droits qu'ils consacrent à la loi³¹⁴.

L'alinéa 3 de l'article premier de la Loi fondamentale allemande (*Grundgesetz*) du 23 mai 1949 précise que « *les droits fondamentaux énoncés ci-après lient les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire à titre de droit directement applicable* ». Le texte se poursuit par les dispositions des articles 2 à 19 consacrant plusieurs droits (droit à la vie et à l'intégrité physique, liberté d'opinion et d'expression, inviolabilité du domicile etc.) et leur posant certaines limitations. Comme l'analyse Céline FERCOT, certaines formulations sont susceptibles de contenir des droits sociaux ou des droits à prestation³¹⁵.

De même, la Constitution irlandaise (*Bunreacht na hÉireann*) du 1^{er} juillet 1937 distingue les « *droits fondamentaux* » (*fundamental rights*), décomposés en cinq sphères (droits personnels, famille, éducation, propriété privée, religion)³¹⁶, des « *principes directeurs de la politique sociale* », énoncés à l'article 45 (*directive principles of social policy*). Parmi les « *droits fondamentaux* » se trouvent notamment l'égalité des citoyens (article 40, alinéa 1^{er}), l'interdiction des privations arbitraires de liberté (article 40, alinéa 4, 1), le droit de propriété (article 43) ou la liberté de conscience (article 44, alinéa 1^{er}). Les « *principes directeurs de la politique sociale* » consistent principalement en des droits à prestation, tels que la protection sociale des individus les plus

³¹⁴ Tel est par exemple le cas du droit aux congés payés consacré par le second alinéa de l'article 66 : « 2. Le travailleur a droit à des jours fériés et à des congés payés annuels déterminés par la loi ; les normes maximales de durée du travail sont définies par la loi ».

³¹⁵ « La Constitution allemande recèle également des droits sociaux "indirects", tels que l'article 6 LF, qui fait référence, dans son alinéa 4, au droit de toute mère "à la protection et à l'assistance de la communauté" et, dans son alinéa 5, à l'obligation qui incombe au législateur "[d']assurer aux enfants naturels les mêmes conditions qu'aux enfants légitimes en ce qui concerne leur développement physique et moral et leur statut social" », FERCOT C., *Les droits sociaux en Allemagne et en Suisse*, R.I.D.C., 2-2011, p. 225 à 256, p. 227.

³¹⁶ Ces sphères figurent respectivement aux articles 40, 41, 42, 43 et 44 de la Constitution.

vulnérables³¹⁷. L'article 45 consacre d'emblée l'injusticiabilité de ces derniers, en précisant en son premier alinéa qu'ils relèvent de la compétence exclusive du Parlement : « *les principes de politique sociale établis par le présent article sont destinés à l'orientation générale du Parlement. L'application de ces principes dans l'élaboration des lois appartient exclusivement au Parlement et ne peut être connue d'aucun tribunal selon aucune disposition de la présente Constitution* ».

2. Les classifications associées à une distinction des régimes de protection des droits

Les classifications les plus abouties figurent dans la Constitution espagnole du 27 décembre 1978 et la Constitution portugaise du 2 avril 1976. La première distingue trois catégories de droits, associées chacune à un régime de protection différent : les « *droits fondamentaux et libertés publiques* »³¹⁸, les « *droits et obligations des citoyens* »³¹⁹ et les « *principes directeurs de la politique sociale et économique* »³²⁰. La première catégorie comprend notamment le droit d'association, le droit à l'éducation,

³¹⁷ L'article 45 énonce : « 1. L'État s'efforce de développer le bien-être du peuple tout entier grâce à la sécurité et à la protection aussi complète que possible de l'ordre social dans lequel la justice et la charité influencent toutes les institutions de la vie nationale. 2. L'État, en particulier, s'efforce de garantir par sa politique : i) que les citoyens (qui ont tous droit, hommes et femmes également, à des moyens d'existence convenables) puissent par leur travail trouver les moyens de subvenir raisonnablement à leurs besoins domestiques ; ii) que la propriété et le contrôle des ressources matérielles de la collectivité soient distribués parmi les particuliers et les différentes catégories sociales de la meilleure manière pour servir le bien commun ; iii) que, spécialement, le jeu de la concurrence ne puisse se développer de telle sorte qu'il en résulte une concentration de la propriété ou du contrôle des produits essentiels par quelques personnes au détriment de l'ensemble ; iv) que, en ce qui concerne le contrôle du crédit, le but constant et principal soit le bien-être du peuple tout entier ; v) que puissent s'établir à la terre, dans la sécurité économique, autant de familles que possible dans les circonstances actuelles. 3. 1^o L'État favorise et, si nécessaire, complète l'initiative privée dans l'industrie et le commerce. 2^o L'État s'efforce de garantir que l'entreprise privée soit gérée pour assurer une efficacité raisonnable dans la production et la distribution des biens et pour protéger le public contre une injuste exploitation. 4. 1^o L'État s'engage à sauvegarder avec une attention spéciale les intérêts économiques des parties les plus faibles de la société et, si nécessaire, à contribuer à l'entretien des handicapés, des veuves, des orphelins et des personnes âgées. 2^o L'État s'efforce de garantir que l'on n'abuse pas de la force et de la santé des travailleurs, hommes et femmes, ni de la jeunesse des enfants et que les citoyens ne sont pas contraints par les nécessités économiques à des tâches auxquelles ils sont inaptes en raison de leur sexe, de leur âge ou de leur force ».

³¹⁸ Composés de l'article 14 du Chapitre 2, Titre I et des articles 15 à 29, Section 1, Chapitre 2, Titre I : « *De los derechos fundamentales y de las libertades públicas* ».

³¹⁹ Comprenant les articles 30 à 38, Section 2, Chapitre 2, Titre I : « *De los derechos y deberes de los ciudadanos* ».

³²⁰ Relatif aux articles 39 à 52, Chapitre 3, Titre I : « *De los principios rectores de la política social y económica* ».

la liberté syndicale ou le droit de grève³²¹ ; et la deuxième, le droit à la propriété privée³²² ou le droit au travail³²³. Les « *principes directeurs de la politique sociale et économique* » prévoient, entre autres, que « *les pouvoirs publics assurent la protection sociale, économique et juridique de la famille* »³²⁴, qu'ils « *assurent à tous les citoyens* » le droit à une protection sociale³²⁵, que « *le droit à la protection de la santé est reconnu* »³²⁶ ou encore que « *chacun a le droit de jouir d'un environnement approprié pour le développement de la personne, et le devoir de le préserver* »³²⁷.

Par ailleurs, la Constitution portugaise du 2 avril 1976 distingue les « *droits, libertés et garanties* »³²⁸ des « *droits et devoirs économiques, sociaux et culturels* »³²⁹. Chacune de ces catégories est divisée en trois sous-ensembles en fonction de la nature des droits. Les « *droits, libertés et garanties* » forment un ensemble varié et peuvent être personnels, de participation politique ou concerner les travailleurs. Les droits, libertés et garanties personnelles (*Direitos, liberdades e garantias pessoais*), prévus aux articles 24 à 47, sont relatifs à l'individu et englobent le droit à la vie³³⁰, à l'intégrité physique³³¹, à la liberté et à la sécurité³³² ainsi que les garanties relatives aux procédures pénale³³³, d'expulsion, d'extradition, de droit d'asile³³⁴ ou les garanties

³²¹ Respectivement prévus par les articles 22 alinéa 1^{er}, 27 alinéa 4, 28 alinéa 1^{er} et alinéa 2 de la Constitution.

³²² Consacré par l'article 33 de la Constitution.

³²³ Figurant à l'article 35 de la Constitution, dont l'alinéa premier dispose : « *tous les Espagnols ont le devoir de travailler et le droit au travail, le droit de choisir librement leur profession ou leur métier, le droit à la promotion par le travail et à une rémunération suffisante pour satisfaire leurs besoins et ceux de leur famille, sans qu'en aucun cas puisse intervenir une discrimination fondée sur le sexe* ». Le second alinéa précise que « *la loi établit un statut pour les travailleurs* ».

³²⁴ Article 39, alinéa 1^{er}.

³²⁵ L'article 41 dispose en effet que « *les pouvoirs publics assurent à tous les citoyens un régime public de sécurité sociale, qui garantit une assistance et des prestations sociales suffisantes pour faire face aux situations de nécessité, spécialement en cas de chômage. L'assistance et les prestations complémentaires sont permises* ».

³²⁶ Article 43, alinéa 1^{er}.

³²⁷ Article 45, alinéa 1^{er}.

³²⁸ Consacrés par le Titre II de la Première partie, composé des articles 24 à 57 : « *Direitos, liberdades e garantias* ».

³²⁹ Reconnus au Titre III de la Première partie, regroupant les articles 58 à 79 : « *Direitos e deveres económicos, sociais e culturais* ».

³³⁰ Article 24.

³³¹ Article 25.

³³² Article 27.

³³³ Article 32.

relatives à la régulation de la communication sociale³³⁵. Les droits, libertés et garanties de participation politique (*Direitos, liberdades e garantias de participação política*) sont consacrés par les articles 48 à 52 encadrant notamment le droit de vote ou le droit de pétition et d'action populaire³³⁶. Les droits, libertés et garanties des travailleurs (*Direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores*), figurant aux articles 53 à 57, concernent par exemple la liberté syndicale ou le droit de grève³³⁷. Quant aux « *droits et devoirs économiques, sociaux et culturels* », leur variété s'avère encore plus importante : ils peuvent concerner le droit au travail³³⁸, la protection sociale au sens large³³⁹, le droit au logement³⁴⁰, l'environnement³⁴¹ ou encore l'éducation et l'enseignement³⁴².

B - La distinction de niveaux de protection des droits correspondant à leur catégorie

Malgré la variété des effets juridiques découlant de ces classifications, il est possible d'identifier deux principaux procédés de différenciation des méthodes de protection des droits, en fonction de leur densité normative. La première consiste en une modulation de l'applicabilité des droits et est notamment pratiquée par les juridictions italiennes autour de la dichotomie entre normes prescriptives (*norme precettive*) et normes programmatiques (*norme programmatiche*), mais également en

³³⁴ Article 33.

³³⁵ Article 39.

³³⁶ Respectivement prévus aux articles 49 et 52.

³³⁷ Énoncés par les articles 55 et 57.

³³⁸ L'article 48 dispose que « 1. Chacun a droit au travail. 2. Il incombe à l'État, pour assurer le droit au travail, de promouvoir : a) la mise en œuvre de politiques de plein emploi ; b) l'égalité des chances dans le choix d'une profession ou d'un genre de travail et des conditions telles que l'accès à une fonction, un travail ou une catégorie professionnelle ne soit pas refusé ou limité en raison du sexe ; c) la formation culturelle et technique, et la valorisation professionnelle des travailleurs. ».

³³⁹ Ainsi, l'article 63 est relatif à la sécurité sociale et à la solidarité, et les articles 69 à 72 concernent la protection de l'enfance, de la jeunesse, des citoyens atteints d'un handicap et des personnes âgées.

³⁴⁰ Article 65.

³⁴¹ Article 66.

³⁴² Les droits associés figurent notamment aux articles 73 à 79.

France, aux États-Unis, en Suède, en Norvège ou en Islande³⁴³. La seconde méthode de différenciation est notamment pratiquée en Espagne (1) et au Portugal (2), et consiste en l'établissement textuel d'une hiérarchie entre les droits et libertés, fondée sur un critère matériel. À la distinction de catégories de droit correspond une hiérarchie de plusieurs niveaux de protection. Le texte constitutionnel prévoit ainsi que certaines normes sont non directement applicables.

1. La consécration de l'absence d'applicabilité directe des principes directeurs de la politique sociale et économique par la Constitution espagnole

En Espagne³⁴⁴, les droits qualifiés de fondamentaux appartiennent à la première catégorie, qui bénéficie du degré de force contraignante le plus important. Comme l'explique María Esther BLAS LÓPEZ, en vertu de la combinaison des articles 53 alinéa 1^{er}, 161 alinéa 1^{er}, a) et 53 alinéa 2³⁴⁵ de la Constitution du 27 décembre 1978, ces normes peuvent faire l'objet d'un recours devant les juridictions ordinaires : « *les requérants peuvent se prévaloir du principe de priorité, de la procédure sommaire et, le cas échéant, du recours individuel (recurso de amparo) au Tribunal constitutionnel (Tribunal Constitucional)* »³⁴⁶. De plus, les droits fondamentaux sont

³⁴³ Pour une illustration de la pratique juridictionnelle des pays scandinaves sous l'angle particulier des droits sociaux, cf. Tor Inge HARBO, *Les droits sociaux en Scandinavie ou la recherche d'un équilibre optimal entre droits et politiques, droits et devoirs*, R.I.D.C., 2-2011, p. 315.

³⁴⁴ Pour une étude synthétique, en langue française, relative à la protection des droits et libertés des deux premières catégories, voir VINTRÓ J., *La protection des libertés*, Pouvoirs, n° 124, 2008, *L'Espagne*, p. 85.

³⁴⁵ L'alinéa premier de l'article 53 précise que « *les droits et les libertés reconnus au chapitre deux du présent titre lient tous les pouvoirs publics. C'est seulement par la loi, qui dans tous les cas doit en respecter le contenu essentiel, que l'on peut réglementer l'exercice de ces droits et libertés, qui sont protégés conformément aux dispositions de l'article 161,1,a* ». L'alinéa premier de l'article 161 précise que « *la Cour constitutionnelle exerce sa juridiction sur tout le territoire espagnol et elle est compétente pour connaître : a) du recours en inconstitutionnalité contre les lois et les dispositions normatives ayant force de loi. La déclaration d'inconstitutionnalité d'une norme juridique ayant force de loi, interprétée par la jurisprudence, affectera celle-ci, mais la sentence ou les sentences rendues ne perdront pas l'autorité de la chose jugée* ». Enfin, le deuxième alinéa de l'article 53 énonce : « *tout citoyen peut réclamer la protection des libertés et des droits reconnus à l'article 14 et à la section première du chapitre II devant les tribunaux ordinaires, selon une procédure prioritaire et abrégée et, le cas échéant, au moyen du recours en garantie des droits devant la Cour constitutionnelle. Ce dernier recours sera applicable à l'objection de conscience, reconnue à l'article 30* ».

³⁴⁶ BLAS LÓPEZ M. E., *Les droits sociaux en Espagne*, R.I.D.C., 2-2011, p. 275 à 293, p. 284.

caractérisés par leur applicabilité directe et le bénéfice de la réserve de loi organique pour leur développement normatif, énoncée par le premier alinéa de l'article 81³⁴⁷.

Les normes appartenant à la catégorie des « *droits et obligations des citoyens* » sont considérées comme pourvues d'un « *simple caractère constitutionnel* »³⁴⁸. Elles ne peuvent valablement faire l'objet d'un recours devant le Tribunal constitutionnel et n'entrent pas dans le champ du principe de priorité et de la procédure sommaire consacrés par l'article 53, alinéa 2. En revanche, il n'en demeure pas moins que ces droits lient les autorités publiques et, par conséquent, sont susceptibles de fonder un recours devant les juridictions ordinaires selon une procédure générale établie par la loi, aux termes de l'article 53 de la Constitution, alinéa 1^{er}. Plus concrètement, ces dispositions sont directement applicables et bénéficient de la réserve de loi ordinaire pour leur développement et leur protection juridictionnelle. Ils ne sont ainsi pas considérés comme réellement justiciables en tant que droits fondamentaux.

Quant aux « *principes directeurs de la politique sociale et économique* », ils consacrent des droits qualifiés « *de configuration légale* », en ce qu'ils ne sont pas pleinement développés et nécessitent une loi de mise en œuvre pour être applicables et invocables, comme le précise le troisième alinéa de l'article 53 de la Constitution du 27 décembre 1978 : « *la reconnaissance, le respect et la protection des principes reconnus au chapitre III inspirent la législation positive, la pratique judiciaire et l'activité des pouvoirs publics. Ils ne peuvent être invoqués devant la juridiction ordinaire que conformément aux dispositions des lois qui les appliquent* ».

2. La consécration de l'absence d'applicabilité directe des droits et devoirs économiques, sociaux et culturels par la Constitution portugaise

La même logique découle de la lecture de la Constitution portugaise du 2 avril 1976. Parmi les « *principes généraux* » du Titre premier de la Première partie de

³⁴⁷ « *Les lois relatives au développement des droits fondamentaux et des libertés publiques, à l'approbation des statuts d'autonomie et au régime électoral général, ainsi que les autres lois prévues par la Constitution sont des lois organiques* ».

³⁴⁸ Comme l'indique María Esther BLAS LÓPEZ, *op. cit.*, p. 284.

la Constitution, relative aux « *droits et devoirs fondamentaux* », figure la différenciation détaillée des niveaux de protection des droits en fonction de leur catégorie d'appartenance. Ainsi, l'article 17 de la Constitution précise que « *le régime des droits, des libertés et des garanties s'applique aux droits énoncés au titre II et aux droits fondamentaux de nature analogue* », et l'article 18, intitulé « *force juridique* », énonce les règles relatives à ce régime juridique. L'alinéa premier de cette disposition retient l'attention en disposant : « *les normes constitutionnelles relatives aux droits, aux libertés et aux garanties sont directement applicables et s'imposent aux organismes publics et privés* »³⁴⁹. L'article 22 prévoit l'existence d'une action en responsabilité de la puissance publique en cas de violation des « *droits, libertés et garanties* »³⁵⁰. Enfin, l'article 288 précise, en ses alinéas d) et e), que « *les lois de révision constitutionnelle doivent respecter : les droits, les libertés et les garanties dont jouissent les citoyens ; les droits des travailleurs, des comités de travailleurs et des associations syndicales* ».

Force est de constater, *a contrario*, que ce régime juridique ne concerne pas les « *droits et devoirs économiques, sociaux et culturels* » énoncés au Titre III de la Première partie, pour lesquels il n'existe aucune réserve parlementaire comparable à celle dévolue aux interventions législatives en matière de droits, libertés et garanties³⁵¹.

³⁴⁹ Les deux alinéas suivants concernent le régime des restrictions apportées aux droits, libertés et garanties : « 2. *La loi ne peut restreindre les droits, les libertés et les garanties que dans certains cas expressément prévus par la Constitution. Les restrictions devront se limiter à ce qui est nécessaire à la sauvegarde d'autres droits ou intérêts protégés par la Constitution.* 3. *Les lois qui restreignent les droits, les libertés et les garanties doivent revêtir un caractère général et abstrait. Elles ne peuvent avoir d'effets rétroactifs, ni restreindre l'étendue et la portée du contenu essentiel des préceptes constitutionnels* ». L'article 20 ajoute, en son cinquième alinéa, qu'« *afin de défendre les droits, les libertés et les garanties personnelles, la loi assure aux citoyens des procédures judiciaires caractérisées par leur rapidité et leur priorité, en vue d'obtenir la tutelle effective et en temps utile des tribunaux contre des menaces ou violations de ces droits* ».

³⁵⁰ « *L'État et les autres organismes publics sont civilement responsables, solidairement avec les membres de leurs organes, fonctionnaires ou agents, de toutes leurs actions ou omissions dans l'exercice de leurs fonctions et en raison de cet exercice, lorsqu'il en résulte une violation des droits, des libertés et des garanties d'autrui ou un préjudice pour autrui* ».

³⁵¹ José CASALTA NABAIS décrit cette situation comme résultant de deux causes. « *Premièrement, des interventions du même type sont impensables pour des droits dont le contenu n'est pas esquissé au niveau constitutionnel. Deuxièmement, les impératifs législatifs que les préceptes constitutionnels relatifs aux droits sociaux contiennent ne s'adressent pas seulement (à notre avis) au législateur parlementaire, mais aussi aux organes législatifs nationaux (le Parlement et le Gouvernement) : nous sommes en présence d'une réserve de loi mais non d'une réserve parlementaire* », *Rapport portugais, in Études de droit constitutionnel franco-portugais. À propos de la révision de la Constitution portugaise, Journées d'études des 9 et 10 novembre 1990, Institut d'études juridiques ibériques et iberico-américaines, Université de Pau et des Pays de l'Adour, Paris, Economica, Collection Droit public positif, 1992, p. 13 à 33, p. 22.*

Paragraphe II : L'insuffisance des effets de la classification des droits fondée sur la graduation de leur normativité

La démarche de classification, en fonction de leur degré de normativité, des droits constitutionnellement reconnus, a le mérite de poser des distinctions claires, précises et incontestables. À chaque catégorie de droits correspond un niveau de protection déterminé, ce qui évite la majorité des incertitudes relatives au régime des normes non directement applicables que connaissent les systèmes juridiques qui n'ont pas établi de classification. Malgré cet incontestable avantage, la solution ne permet pas de réel progrès dans la reconnaissance des effets juridiques des règles non directement applicables, tant ses conséquences normatives s'avèrent finalement limitées (A). Plus encore, la démarche même consistant à distinguer plusieurs catégories de droits est fortement critiquable sur le plan théorique (B).

A – Des conséquences normatives limitées

Il ressort des descriptions précédentes que les « *droits et devoirs économiques, sociaux et culturels* », énoncés par la Constitution portugaise³⁵², tout comme les « *principes directeurs de la politique sociale et économique* », consacrés par la Constitution espagnole³⁵³, constituent des normes non directement applicables. Ce caractère est déduit de la nécessité d'une *interpositio legislatoris* (1) et implique l'existence d'obligations de concrétisation et de protection du contenu de ces dispositions (2).

1. L'absence d'applicabilité directe comme conséquence de la nécessité d'une *interpositio legislatoris*

L'absence d'applicabilité directe des « *droits et devoirs économiques, sociaux et culturels* » ou des « *principes directeurs de la politique sociale et économique* » découle principalement du critère de la nécessité d'une *interpositio legislatoris*. Cette nécessité est nettement exprimée par le troisième alinéa de l'article 53 de la Constitution

³⁵² Titre III de la Première partie.

³⁵³ Chapitre III du Titre premier.

espagnole, précisant que les « *principes reconnus au chapitre III (...) ne peuvent être invoqués devant la juridiction ordinaire que conformément aux dispositions des lois qui les appliquent* ». L'*interpositio legislatoris* est considérée comme indispensable à la concrétisation de la norme et lui permet de produire pleinement quoiqu'indirectement – ses effets. Cet aspect du régime juridique des normes non directement applicables découle du postulat selon lequel la norme « *ne se suffit pas à elle-même et nécessite l'édition d'autres normes, de rang inférieur, pour être exécutable* »³⁵⁴.

Quant aux « *droits et devoirs économiques, sociaux et culturels* » énoncés par la Constitution portugaise, leur contenu « *provient, non pas de la Constitution, mais de la loi : c'est au législateur qu'il incombe de concrétiser, dans la mesure du possible (tant économiquement que socialement), le contenu des droits sociaux. Ceux-ci s'imposent aux opérateurs juridiques comme des droits légaux, comme des droits applicables uniquement aux termes de leur concrétisation légale. Les préceptes constitutionnels qui les consacrent ne lient que le législateur, soit en l'empêchant de remettre en cause la consécration constitutionnelle de chaque droit (sous peine d'inconstitutionnalité par action), soit en lui imposant de concrétiser par la loi leur contenu respectif (sous peine d'inconstitutionnalité par omission)* »³⁵⁵. De l'existence même de l'exigence de l'intervention intermédiaire du pouvoir législatif entre la norme non directement applicable et la situation juridique qu'elle a potentiellement vocation à régir peuvent être déduits deux principaux types d'obligation, respectivement relatifs à la concrétisation et à la protection du contenu de la disposition.

2. Les obligations relatives à la concrétisation et à la protection du contenu des droits

En premier lieu, l'exercice obligatoire de la fonction législative en vue de la concrétisation des normes constitutionnelles³⁵⁶ impose d'être délimité. Il est sans objet pour les normes directement applicables et concerne principalement les normes à

³⁵⁴ RIBES D., *Existe-t-il un droit à la norme ? Contrôle de constitutionnalité et omission législative*, R.B.D.C., n° 3/1999, p. 237 à 274, p. 243.

³⁵⁵ CASALTA NABAIS J., *op. cit.*, p. 22.

³⁵⁶ Correspondant à l'idée de *verfassungsgerichtliche Handlungsgebot* en Allemagne.

caractère impératif, par opposition aux normes instituant une permission³⁵⁷. En toute logique, la réalisation des normes permissives ne constitue qu'une faculté pour le législateur. La force obligatoire de ces normes ne peut réellement se déployer qu'une fois que le législateur est intervenu en édictant un texte. À ce stade, les prescriptions relatives aux formes et aux conditions de l'action législative s'imposent³⁵⁸. Les normes permissives ainsi décrites peuvent notamment correspondre à la notion de normes d'habilitation (*Ermächtigungsnormen*) du droit allemand. La possibilité, pour les normes « impératives » non directement applicables de valeur constitutionnelle, de constituer des sources d'une obligation de légiférer – ou de « développement constitutionnel » (*desarrollo*), pour reprendre la terminologie espagnole³⁵⁹ – fait débat au sein de la doctrine de nombreux pays européens. L'essentiel des doutes porte sur l'opération de la distinction entre les règles prescrivant de simples réserves de loi (mais également sur leurs effets juridiques) et celles formulant de véritables commandements au législateur. Comme le précise Didier RIBES, utilisant les exemples allemand et espagnol³⁶⁰, l'obligation de légiférer peut être exprimée explicitement ou implicitement et peut concerner une grande variété de dispositions. De plus, la concrétisation des normes constitutionnelles peut avoir des effets différents selon que l'intervention requise consiste en l'adoption ponctuelle d'un texte unique ou en l'édition de plusieurs textes sur une période temporelle plus ou moins longue.

En second lieu, la protection du contenu des dispositions non directement applicables se fonde sur une obligation, certainement issue du principe de hiérarchie des normes, et est plus aisément admissible comme en témoigne la pratique constitutionnelle des États européens. Ainsi, le Tribunal constitutionnel portugais se

³⁵⁷ RIBES D., *op. cit.*, p. 242 à 245. Voir également les analyses et propositions de José Julio FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Proposition de concept d'omission inconstitutionnelle en Espagne*, *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, 1998, n° 46, p. 483.

³⁵⁸ Sur la fonction de permission des objectifs de valeur constitutionnelle, étudiée sous l'angle précis de la limitation des droits fondamentaux, cf. notamment DE MONTALIVET P., *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, Paris, Dalloz, Bibliothèque parlementaire et constitutionnelle, 2006, spé. p. 399 à 435.

³⁵⁹ Selon le Tribunal constitutionnel espagnol, « *l'inconstitutionnalité par omission existe seulement lorsque la Constitution impose au législateur la nécessité d'édicter des normes de développement constitutionnel et que le législateur ne le fait pas* », *Sentencia n° 24/1982 du 13 mai 1982* (décision relative à un recours en inconstitutionnalité), fondement juridique n° 2. Cité par Didier RIBES, *op. cit.*, p. 243.

prononce sur le régime des « *droits et devoirs économiques, sociaux et culturels* » en contrôlant l'efficacité des normes légales matérialisant leur contenu à l'occasion de l'action en inconstitutionnalité. À l'occasion d'une déclaration d'inconstitutionnalité d'un décret-loi ayant pour effet d'abroger l'essentiel du dispositif instauré par la loi n° 56/79 du 15 septembre 1979 relative au Service national de santé³⁶¹, le Tribunal constitutionnel³⁶² a estimé que le Gouvernement avait violé le « *droit à la protection de la santé* » (*direito à protecção da saúde*) consacré par le deuxième alinéa de l'article 64 de la Constitution³⁶³. L'inconstitutionnalité par omission résulte de l'abrogation d'une norme de mise en œuvre et non d'une carence. La loi abrogée est considérée comme l'*interpositio legislatoris* nécessaire à l'application du deuxième alinéa de l'article 64, en ce qu'elle crée un « *service national de santé universel, général et gratuit* ». Le Tribunal constitutionnel considère que, « *dès que l'État accomplit (entièrement ou partiellement) une tâche imposée par la constitution pour permettre la jouissance d'un droit social, le respect de ce droit cesse d'être (ou d'être uniquement) une obligation positive et devient aussi une obligation négative. L'État, qui était obligé d'agir pour satisfaire un droit social, devient également obligé de s'abstenir de menacer la réalisation de ce droit social* ». À cet égard, il est intéressant de relever que la jurisprudence développée par le Conseil constitutionnel français s'articule également autour de l'idée de protection du contenu des dispositions non directement applicables, notamment par l'interdiction faite au législateur de « *priver de garanties légales des exigences constitutionnelles* »³⁶⁴.

³⁶⁰ RIBES D., *op. cit.*, p. 244.

³⁶¹ Pour reprendre l'exemple étudié par José CASALTA NABAIS, *Les droits fondamentaux dans la jurisprudence du Tribunal constitutionnel*, in *La justice constitutionnelle au Portugal*, Institut d'études juridiques ibériques et iberico-américaines, Université de Pau et des Pays de l'Adour, Paris, Economica, Collection Droit public positif, 1989, p. 211 à 259, spé. p. 242-243.

³⁶² Tribunal constitutionnel portugais (*Tribunal Constitucional*), Plen., Arrêt (*Acórdão*) n° 39/1984 du 11 avril 1984, décision relative à une action d'inconstitutionnalité successive.

³⁶³ « *Le droit à la protection de la santé est assuré : a) au moyen d'un service national de santé universel et général qui tendra à la gratuité en tenant compte de la situation économique et sociale des citoyens ; b) par la création de conditions économiques, sociales, culturelles et environnementales qui puissent garantir, notamment, la protection de l'enfance, de la jeunesse et de la vieillesse, et par l'amélioration systématique des conditions de vie et de travail, ainsi que par la promotion de la culture physique et sportive, scolaire et populaire, et par le développement de l'éducation sanitaire du peuple et d'habitudes de vie saine* ».

³⁶⁴ Selon la formule désormais traditionnelle consacrée par le Conseil constitutionnel, par exemple : CC n° 86-210 DC, 29 juillet 1986, *Loi portant réforme du régime juridique de la presse*, Rec. p. 110.

B - Des implications théoriques problématiques

Si la classification des droits permet de dissiper de nombreux doutes relatifs à la détermination de l'applicabilité directe des dispositions constitutionnelles concernées, cette démarche est loin de résoudre toutes les controverses. En effet, il est possible de constater que la catégorisation des droits n'est pas fondée sur leur normativité mais sur la structure des obligations qu'ils impliquent (1). De surcroît, malgré la détermination textuelle explicite du régime juridique des énoncés visés, les questions relatives au respect de la séparation des pouvoirs et à la nature des rapports entre le juge et le législateur ne trouvent pas nécessairement de réponse claire (2).

1. Des catégorisations en réalité fondées sur la structure des obligations énoncées

Il est important de relever qu'en fait de gradation de densité normative – textuelle ou résultant de l'appréciation juridictionnelle de l'applicabilité des droits – les classifications présentées se fondent en réalité sur la structure des obligations impliquées par les énoncés constitutionnels. Au-delà de la *summa divisio* entre droits civils et politiques et droits sociaux, menant à considérer les seconds comme « moindres », les exemples présentés traduisent des différences essentielles de régime apparemment justifiées par le caractère négatif ou positif des implications des formulations de ces droits. Toutefois, l'opposition théorique entre droits sociaux et droits civils et politiques fait l'objet de nombreuses critiques³⁶⁵. De surcroît, il apparaît que de nombreuses solutions du droit positif ne fondent pas leurs distinctions de régime sur le caractère social ou civil de la norme.

Ainsi, certains systèmes reconnaissent une subjectivité aux droits sociaux exigeant une simple abstention des pouvoirs publics, quand d'autres ne l'attribuent expressément qu'à certains droits précisément identifiés. Tel est le cas de la Suisse qui, parmi l'importante liste de droits sociaux établie par la Constitution du

³⁶⁵ Cf. *infra*, Chapitre Second, Section II, Paragraphe I, B « Une distinction contestable » p. 166.

18 avril 1999, ne considère que quatre d'entre eux comme étant assortis d'une valeur fondamentale : le droit à une aide en cas de détresse³⁶⁶, le droit à un enseignement de base gratuit³⁶⁷, le droit de grève³⁶⁸ et le droit à une assistance juridictionnelle gratuite³⁶⁹. D'autres constructions se fondent sur la distinction entre la dimension négative et la dimension positive de chaque droit, ou vont au-delà. L'Allemagne connaît une catégorisation entre les droits fondamentaux, relevant de l'alinéa 3 de l'article 1^{er} de la Loi fondamentale, et les droits à prestation, ayant pour fonction de fonder des droits « dérivés »³⁷⁰.

Enfin, dans le cadre d'une décision relative à la constitutionnalité des procédures d'attribution d'une aide aux étudiants, le Tribunal constitutionnel polonais distingue trois groupes de droits en fonction du pouvoir d'appréciation du législateur³⁷¹. Dans son commentaire, Anna Magdalena JARÓN explique que « *pour les premiers, la Constitution se réfère aux dispositions dans lesquelles les buts et stratégies politiques sont indiqués. Selon le Tribunal, une telle formulation n'impose pas au législateur de concrétiser ces buts par voie législative ordinaire*³⁷². *S'agissant du deuxième groupe de droits, l'État a l'obligation de les mettre en œuvre par des lois. Enfin, pour le troisième groupe, la Constitution oblige à légiférer et définit la substance ou le sens d'une réglementation particulière* »³⁷³. Cette catégorisation étant établie en fonction du pouvoir d'appréciation du législateur – qui s'avère très difficile à déterminer et à hiérarchiser – le Tribunal précise que la question de savoir si les particuliers peuvent

³⁶⁶ Article 12 : « *quiconque est dans une situation de détresse et n'est pas en mesure de subvenir à son entretien a le droit d'être aidé et assisté et de recevoir les moyens indispensables pour mener une existence conforme à la dignité humaine* ».

³⁶⁷ Article 19 : « *le droit à un enseignement de base suffisant et gratuit est garanti* ».

³⁶⁸ Article 28, alinéa 3 : « *la grève et le lock-out sont licites quand ils se rapportent aux relations de travail et sont conformes aux obligations de préserver la paix du travail ou de recourir à une conciliation* ».

³⁶⁹ Article 29, alinéa 3 : « *toute personne qui ne dispose pas de ressources suffisantes a droit, à moins que sa cause paraisse dépourvue de toute chance de succès, à l'assistance judiciaire gratuite. Elle a en outre droit à l'assistance gratuite d'un défenseur, dans la mesure où la sauvegarde de ses droits le requiert* ».

³⁷⁰ Pour une étude récente, voir FERCOT C., *Les droits sociaux en Allemagne et en Suisse*, R.I.D.C., 2-2011, p. 225 à 256, spé. p. 239 à 243. Cf. également CAPITANT D., *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, Paris, L.G.D.J., Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, 2001.

³⁷¹ Tribunal constitutionnel polonais, Arrêt n° U 7/01 du 2 juillet 2002, *Dziennik Ustaw* (Journal officiel) 2002, n° 104, point 933 du 11 juillet 2002.

³⁷² Le Tribunal cite les articles 65 §5, 68 §3, 68 §4, 68 §5, 69, 72 §1, 72 §2, 74 §1, 74 §2, 74 §4, 75 §1 de la Constitution du 2 avril 1997.

exiger des actions concrètes des autorités étatiques doit faire l'objet d'une appréciation casuistique³⁷⁴.

2. Des catégorisations insuffisantes à régler les problèmes de répartition des compétences entre le juge et les autorités normatives

La démarche de classification, même dans ses formes les plus abouties et sophistiquées, ne rend pas les débats relatifs au respect de la séparation des pouvoirs, à la délimitation des compétences et à la nature des rapports entre le juge et le législateur caducs. Comme l'explique notamment Claire MARZO, tous les systèmes connaissent une controverse sur ce point³⁷⁵. Une première série d'analyses soutient que l'intervention du juge en matière de droits à prestation empiète sur les deux fonctions essentielles du Parlement que sont la délimitation de la politique sociale et la détermination des dépenses publiques au travers du vote du budget³⁷⁶. Une seconde série d'opinions insiste au contraire sur la nécessité d'une protection juridictionnelle de ces droits³⁷⁷. À cet égard, les quelques études traitant du contrôle des omissions inconstitutionnelles sont particulièrement instructives³⁷⁸ et soulèvent également la question de la détermination du débiteur de l'obligation de concrétisation, entre le Gouvernement et le Parlement. Les solutions du droit positif dans les systèmes constitutionnels européens étudiés sont en réalité toutes fondées sur un compromis « où le législateur est en charge du quotidien alors que le juge

³⁷³ JARÓN A. M., *Les droits sociaux en Pologne*, R.I.D.C., 2-2011, p. 295 à 314, p. 312.

³⁷⁴ Tribunal constitutionnel polonais, Arrêt n° U 7/01 du 2 juillet 2002, précité.

³⁷⁵ MARZO C., *La protection des droits sociaux dans les pays européens*, R.I.D.C., 2-2011, p. 203.

³⁷⁶ MARZO C., *op. cit.*, R.I.D.C., 2-2011, p. 203 à 224, p. 222.

³⁷⁷ MARZO C., *op. cit.*, p. 221 à 223 : « le législateur peut être sanctionné s'il ne protège pas adéquatement les droits sociaux non seulement par le scrutin, mais aussi le plus souvent par le juge. Cela justifie que le pouvoir revienne au juge constitutionnel et au juge ordinaire. (...) Il applique directement les droits fondamentaux et peut à ce titre discuter le choix du législateur ».

³⁷⁸ Voir par exemple, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ J. J., *Proposition de concept d'omission inconstitutionnelle en Espagne*, *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, 1998, n° 46, p. 483 ; GARRIGOU-LAGRANGE J.-M., *L'obligation de légiférer*, in *Droit et politique à la croisée des cultures*, Mélanges Philippe ARDANT, Paris, L.G.D.J., 1999, p. 305 ; GAY L., *Les « droits-créances » constitutionnels*, Bruxelles, Bruylant, Collection de droit public comparé et européen, 2007, spé. p. 169 à p. 175 ; RIBES D., *Existe-t-il un droit à la norme ? Contrôle de constitutionnalité et omission législative*, R.B.D.C., n° 3/1999, p. 237.

constitutionnel a un rôle d'arbitre et n'interviendra qu'exceptionnellement. Le juge ordinaire a, quant à lui, un rôle de contre-pouvoir »³⁷⁹.

Plus encore, il est nécessaire de préciser que, malgré l'absence d'une catégorisation textuellement exprimée des droits et libertés dans la Constitution française, l'analyse de la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative à l'intensité du contrôle des restrictions apportées aux droits et libertés permet de dégager trois principaux ensembles³⁸⁰ ayant pour effet l'établissement d'une hiérarchie des niveaux de protection. La limitation des droits et libertés les plus protégés³⁸¹ exige l'existence d'un motif de valeur constitutionnelle et est soumise à un contrôle de proportionnalité particulièrement approfondi, comprenant non seulement une vérification de la nécessité et de l'adéquation de la mesure prise, mais également la recherche de l'existence d'une mesure alternative moins restrictive. En revanche, les restrictions apportées à d'autres droits de structure identique ne nécessitent, à titre de justification, qu'un intérêt général simple. Le contrôle de proportionnalité se dispense ainsi de la recherche d'une mesure alternative moins restrictive et seules les disproportions manifestes sont sanctionnées³⁸². L'attitude intermédiaire consiste à exiger un intérêt général suffisant et à exercer un contrôle de proportionnalité intégral³⁸³. Enfin, il reste à préciser que les droits-créances ne

³⁷⁹ MARZO C., *op. cit.*, p. 223.

³⁸⁰ Cette différenciation de degré dans le niveau de protection juridictionnelle est relevée par de nombreux auteurs s'interrogeant sur une hiérarchisation matérielle de garantie des droits : cf. notamment, MATHIEU B. et VERPEAUX M., *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, Paris, L.G.D.J., 2002, p. 499 à 501 ; GOESEL-LE BIHAN V., *Contentieux constitutionnel*, Paris, Ellipses, Collection Cours magistral, 2010, p. 141 à 145 ; GOESEL-LE BIHAN V., *Le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : figures récentes*, R.F.D.C., 2007, p. 269.

³⁸¹ Selon Valérie GOESEL-LE BIHAN, *Quels droits reconnaît-elle ?*, in *La Constitution en 20 questions*, question n°4, Dossier du cinquanteaire, 2008, site internet du Conseil constitutionnel (<http://www.conseil-constitutionnel.fr>), rubrique « Documentation », sous-rubrique « Dossiers thématiques », 2008, Cinquanteaire, il s'agit de la liberté de communication, de la sûreté, de l'inviolabilité du domicile et des correspondances, de la liberté personnelle dans le cadre de la procédure pénale, de la liberté du mariage, du droit de grève.

³⁸² Tels sont les cas de la liberté d'entreprendre, du droit de propriété, de la liberté contractuelle, du principe d'égalité, du principe de libre administration des collectivités locales et de libre disposition de leurs ressources.

³⁸³ Cette catégorie intermédiaire de protection correspond au droit à un recours juridictionnel effectif, au principe de la séparation des pouvoirs, à l'objectif d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, à la non-rétroactivité des lois fiscales et au droit d'agir en responsabilité.

bénéficient pas de cette protection mais de l'interdiction de la privation de garanties légales.

La détermination du caractère non directement applicable de certaines normes constitutionnelles découlant d'une classification des droits est intéressante, mais s'avère décevante sous de multiples aspects. Elle n'est opérée que pour les normes figurant dans la Constitution qui consacrent des droits, des libertés ou des principes directeurs de l'action publique et ne permet donc pas d'harmoniser les techniques d'identification du caractère non directement applicable des autres normes juridiques. De plus, malgré l'intensité des efforts de catégorisation, la démarche ne permet pas de simplifier les controverses doctrinales et les problématiques pratiques connues dans les systèmes qui ne procèdent pas à une hiérarchisation des droits ou une classification, notamment en termes de répartition des compétences.

En définitive, il résulte de ce qui précède qu'aucune norme ne peut être qualifiée de non directement applicable à raison de l'acte juridique qui l'exprime, de sa nature ou de sa fonction. L'absence d'applicabilité directe est un caractère que toute norme juridique peut revêtir et qui ne peut que résulter d'une déduction fondée sur des critères spécifiques d'applicabilité.

Chapitre second : L'absence d'applicabilité directe comme résultat de l'application des critères techniques

Aux Pays-Bas, la recherche de l'effet direct d'une stipulation conventionnelle ou d'une décision d'une organisation internationale par le juge est considérée comme une condition posée par la Constitution³⁸⁴, pour que le droit international prévale dans l'ordre juridique interne. Conformément à la formule selon laquelle les règles issues du droit international doivent « *engager chacun par leur teneur* » pour produire leurs effets en droit interne, le juge néerlandais n'utilise que le critère objectif d'applicabilité et « *reconnaît libéralement un effet direct à tout traité ne nécessitant pas de législation complémentaire* »³⁸⁵. Face à l'invocation d'une convention internationale, le juge espagnol n'adopte pas de démarche similaire, mais se limite à vérifier que le litige entre dans le champ d'application de la stipulation invoquée³⁸⁶.

Malgré quelques variantes, la méthode de détermination de l'applicabilité directe la plus répandue consiste à l'emploi de deux critères. L'applicabilité de toute norme juridique est déterminée par un critère dit « objectif », fondé sur le degré de précision de son énoncé. Les normes d'origine internationale se voient soumises à la condition supplémentaire de satisfaire au critère dit « subjectif » d'applicabilité, qui consiste à établir que leur champ d'application de la stipulation concernée dépasse le cadre des relations interétatiques. Une fois reconnue, cette applicabilité directe a pour conséquence l'invocabilité de la règle. La détermination de l'applicabilité de la norme juridique au moyen de ces critères est une opération menée par le juge dans le

³⁸⁴ L'article 93 de la Constitution du 17 février 1983 dispose que « *les dispositions des traités et des décisions des organisations de droit international public qui peuvent engager chacun par leur teneur ont force obligatoire après leur publication* ». L'article 94 de la Constitution néerlandaise précise : « *les dispositions légales en vigueur dans le Royaume ne sont pas appliquées si leur application n'est pas compatible avec des dispositions de traités ou de décisions d'organisations de droit international public qui engagent chacun* ».

³⁸⁵ DUMORTIER G., conclusions sur CE Ass. 11 avril 2012, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (G.I.S.T.I.) et Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement (F.A.P.I.L.)*, R.F.D.A., p. 547 à 559, p. 555.

³⁸⁶ Tribunal Suprême, Section 3, 3 mai 1996, S.T.S., n° 2644/1996. Cité par Gaëlle DUMORTIER, conclusions sur CE Ass. 11 avril 2012, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (G.I.S.T.I.) et Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement (F.A.P.I.L.)*, R.F.D.A., p. 547 à 559, p. 555.

but de vérifier que la norme est directement invocable. Le raisonnement semble logique et fondé sur le plan théorique (Section I). Toutefois, en pratique, tant la mise en œuvre, que les conséquences de cette méthode présentent de nombreuses difficultés (Section II).

Section I : L'emploi de critères d'applicabilité théoriquement justifiés

Aux termes de l'article 55 de la Constitution de 1958, « *les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie* ». À ces conditions formelles de validité des règles internationales dans l'ordre interne s'ajoutent deux conditions de fond relatives à leur applicabilité : d'une part, le caractère complet, précis³⁸⁷ de la norme, qui est le critère d'applicabilité commun à toute norme juridique (Paragraphe I), et sa capacité à créer des droits subjectifs, qui est le critère propre aux règles d'origine externe (Paragraphe II), d'autre part. La démarche n'a, *a priori*, rien d'original, en ce que ces critères sont ceux définis et employés depuis longtemps en droit international et par une très grande majorité des juridictions étrangères.

Paragraphe I : Le critère objectif, critère d'applicabilité de toute norme juridique

L'examen du critère objectif d'applicabilité consiste en une analyse de la qualité de l'énoncé de la norme (A) et se justifie par des impératifs liés à l'étendue de la compétence du juge (B).

A - L'absence d'applicabilité directe des normes « incomplètes », ou insuffisamment précises

Le raisonnement fondé sur le critère objectif ne peut aboutir qu'à deux issues : soit la norme est suffisamment précise pour s'appliquer directement et est

³⁸⁷ Ou « *self-executing* », « auto-exécutoire ».

invocable devant le juge, soit ce n'est pas le cas, et alors le moyen soulevé est rejeté comme inopérant (1). La méthode guidant l'application de ce critère n'est pas toujours très clairement identifiable (2).

1. La nécessité d'une intervention normative, conséquence de l'imprécision de la règle

Le critère objectif se fonde sur les qualités matérielles de la norme, qui trouvera à s'appliquer si elle est suffisamment précise, claire, complète, voire inconditionnelle, en d'autres termes, « parfaite ». Si les dispositions de la règle sont jugées imprécises, il appartient à l'autorité compétente de les adapter et de les concrétiser. Concluant sur l'affaire *G.I.S.T.I.* du 23 avril 1997 portant sur l'applicabilité de certains articles de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant, Ronny ABRAHAM explique que certaines normes voient leur application procédurale écartée par le juge, au motif qu'elles sont « formulées dans des termes trop généraux pour se suffire à elles-mêmes, et pour être susceptibles d'une application immédiate à des cas particuliers. En pareille hypothèse, ce qui s'oppose à l'effet direct, ce n'est pas l'objet de la norme, c'est son absence de précision ou son caractère conditionnel (...). La norme internationale tend à protéger les particuliers, elle vise à leur garantir des droits, mais elle suppose nécessairement l'intervention d'une législation nationale d'application sans laquelle elle est impuissante à produire des effets concrets. On n'est pas très loin, ici, de l'hypothèse d'une législation nationale dont la mise en œuvre est manifestement impossible aussi longtemps que ne sont pas intervenus les décrets d'application, ou d'un principe constitutionnel qui, eu égard à sa formulation générale, suppose une mise en œuvre législative »³⁸⁸.

Soit la norme invoquée est suffisamment précise pour être directement applicable par elle-même, soit non, et le moyen est rejeté comme inopérant. « Il n'y a

³⁸⁸ ABRAHAM R., concl. sur CE Sect. 23 avril 1997, *Groupement d'information et de soutien des travailleurs immigrés (G.I.S.T.I.)*, R.F.D.A., p. 585 à 596, p. 590.

de juridique que là où le langage a un sens plus précis que tout autre langage »³⁸⁹. Face à ces explications ressurgissent les débats relatifs à la notion de norme juridique et en particulier aux difficultés liées à la frontière entre la juridicité et l'absence de juridicité, à la détermination du « *seuil de normativité, c'est à dire le point de passage du non-juridique au juridique, de ce qui n'est pas la norme à ce qui est la norme* »³⁹⁰. Or, l'ordre juridique français ne manque pas de dispositions vagues, quelle que soit leur nature, selon lesquelles les autorités publiques « *s'efforcent* », « *favorisent* », « *doivent promouvoir* », « *contribuent* », « *veillent* », « *prennent toutes les mesure appropriées* »... Tels sont en effet les cas, déjà évoqués, de quelques dispositions du Préambule de la Constitution de 1958, de stipulations de certaines conventions internationales régulièrement introduites en droit français, de dispositions législatives nécessitant l'intervention du pouvoir réglementaire etc. Il est ainsi difficile pour le juge de s'assurer de la normativité de telles formulations, d'autant plus que, ni le droit français, ni le droit international, n'opèrent de partage net entre les normes produisant des effets juridiques et les dispositions déclaratoires ou relevant de la *soft law*³⁹¹.

En effet, il est possible d'affirmer que certaines dispositions, soit par leur formulation imprécise et générale, soit par leur objet (aménager l'exercice d'un droit, créer une procédure, par exemple), nécessitent l'intervention complémentaire des autorités normatives pour être concrétisées. Ce constat fait écho à la définition de la stipulation « *auto-exécutoire* », donnée par la Cour de justice de l'Union européenne qui conditionne le contrôle du juge. Seules les stipulations produisant un effet direct peuvent servir de référent du contrôle de conformité des actes du droit de l'Union : « *lorsque la nature et l'économie du traité dont il s'agit permettent un contrôle de la validité de l'acte du droit de l'Union au regard des dispositions de ce traité, encore faut-il que les dispositions de ce traité invoquées aux fins de l'examen de la validité de l'acte du droit de*

³⁸⁹ ELLUL J., *Loi et sacré. Droit et divin. De la loi sacrée au droit divin*, *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1974, p. 51. Cité par Jean-Bernard AUBY, *Prescription juridique et production juridique*, *R.D.P.*, 1988, p. 673 à 686, p. 678.

³⁹⁰ WEIL P., *Vers une normativité relative en droit international*, *R.G.D.I.P.*, 1982, p. 5 à 47, p. 9. Cf. *supra*, « Introduction », spé. p. 26 à 41.

³⁹¹ Cf. Prosper WEIL, *Le droit international en quête de son identité*, *Cours général de droit international public*, *R.C.A.D.I.* 1992-VI, t. 237, spé. p. 203 à 260.

l'Union apparaissent, du point de vue de leur contenu, inconditionnelles et suffisamment précises »³⁹². À l'occasion d'une autre affaire, la Cour explique qu'« *une stipulation d'un accord conclu par l'Union et ses États membres avec des États tiers doit être considérée comme étant d'effet direct lorsque, eu égard à ses termes ainsi qu'à son objet et à la nature de l'accord, elle comporte une obligation claire et précise qui n'est subordonnée, dans son exécution ou dans ses effets, à l'intervention d'aucun acte ultérieur* »³⁹³. Sans cette intervention, ces stipulations expriment des normes non directement applicables. Le caractère indispensable de cette intervention est perçu comme le corollaire du caractère incomplet de la norme. En définitive, le critère objectif d'applicabilité est simple et fonctionne selon une idée de seuil de précision du texte qui doit permettre de déduire le caractère applicable ou non-applicable de la norme : soit la règle présente les caractéristiques nécessaires pour régir la situation juridique donnée, soit elle ne les présente pas.

2. L'appréciation du critère objectif

À l'impossibilité de la détermination d'un « *seuil de normativité* », inhérente au critère de clarté et de précision lui-même, s'ajoute l'absence de clarté de la

³⁹² CJUE 21 décembre 2011, *Air Transport Association of America, American Airlines Inc., Continental Airlines Inc., United Airlines Inc. c. Secretary of State for Energy and Climate Change*, C-366/10, à paraître au Recueil des arrêts de la CJUE, point 55. Cf. les conclusions sur cette affaire de l'avocat général Juliane KOKOTT, disponible sur internet, sur la base de jurisprudence européenne Curia : <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30dbb3d1e48542ac45fc9041e641a89a7312.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuKbx10?text=&docid=110742&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=25273>. Voir également CJCE 10 janvier 2006, *The Queen, à la demande d'International Air Transport Association (I.A.T.A.) et European Low Fares Airline Association (E.L.F.A.A.) c. Department for Transport*, C-344/04, Rec., I, p. 403, point 39 p. 464 ; CJCE 3 juin 2008, *The Queen, à la demande d'International Association of Independent Tanker Owners (Intertanko) e.a. c. Secretary of State for Transport*, C-308/06, Rec., I, p. 4057, point 45 p. 4120.

³⁹³ CJCE 30 septembre 1987, *Meryem Demirel c. Ville de Schwäbisch Gmünd*, 12/86, Rec. p. 3719, point 14, p. 3752 ; CJUE 8 mars 2011, *Lesoochránárske zoskupenie V.L.K.*, C-240/09, à paraître au Recueil, point 44. Voir également, pour d'autres exemples récents CJCE 27 septembre 2001, *The Queen c. Secretary of State for the Home Department, ex parte : Wieslaw Gloszczuk et Elzbieta Gloszczuk*, C-63/99, Rec., I, p. 6369, point 30 p. 6407 ; CJCE 8 mai 2003, *Wählergruppe « Gemeinsam Zajedno/Birlikte Alternative und Grüne GewerkschafterInnen/UG » e.a.*, C-171/01, Rec., I, p. 4301, point 54 p. 4341 ; CJCE 15 juillet 2004, *Syndicat professionnel coordination des pêcheurs de l'étang de Berre et de la région c. Électricité de France (E.D.F.)*, C-213/03, Rec., I, p. 7357, point 39 p. 7372-7373.

CJCE 12 avril 2005, *Igor Simutenkov c. Ministerio de Educación y Cultura et Real Federación Española de Fútbol*, C-265/03, Rec., I, p. 2579, point 21 p. 2604-2605 ; CJCE 13 décembre 2007, *Asda Stores Ltd. c. Commissioners of Her Majesty's Revenue and Customs*, C-372/06, Rec., I, p. 11223, point 82 p. 11264.

méthode du juge dans son appréciation des dispositions invoquées devant lui. Le problème de ce critère n'est donc pas l'incohérence de son existence, mais l'incohérence de son application du fait de son caractère peu opératoire. Malgré les incertitudes sur la méthode employée par le juge pour différencier les normes « parfaites » des normes « imparfaites », il est possible de dégager certaines constantes. Ainsi, le juge écarte les règles appelant une action normative complémentaire, en l'état incapables d'établir une relation immédiatement, directement contraignante entre l'individu et l'État. Cette appréciation relève d'un travail essentiel d'interprétation se fondant principalement sur les termes du texte. En matière internationale, l'interprétation du juge est guidée par les stipulations de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969, la règle énoncée à l'alinéa premier attirent en effet l'attention : « *un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but* ». L'élément fondamental de l'interprétation du juge reste donc, de manière évidente, la formulation du texte révélant le choix des termes employés³⁹⁴. Du « *sens ordinaire* » de ces termes est déduite la juridicité de l'obligation contenue dans le texte.

Le refus de l'invocabilité directe des normes juridiques internes ne peut se fonder que sur le jeu du critère objectif. La formulation usuelle employée par le juge administratif permet de reconnaître les normes dépourvues d'applicabilité directe : par exemple, les principes posés les règles de valeur constitutionnelle non directement applicables ne s'imposent « *à l'autorité administrative, en l'absence de précision suffisante, que dans les conditions et les limites définies par les dispositions contenues dans les lois ou dans les conventions internationales incorporées au droit français* ». Par suite, les requérants ne sauraient « *utilement (...) invoquer ce[s] principe[s] indépendamment desdites dispositions* »³⁹⁵. Les directives européennes sont jugées d'applicabilité directe selon le même critère : le requérant « *peut également se*

³⁹⁴ Comme le révèle parfois le texte même de la décision : « *si les paragraphes 2 et 3 de l'article 6 de la convention d'Aarhus du 25 juin 1998 sont en raison de leur libellé d'effet direct* », CE 23 février 2009, *Fédération transpyrénéenne des éleveurs de montagne et autres*, Rec., Tables, p. 597, p. 846 et p. 914.

³⁹⁵ Selon la formule de principe employée dans CE 27 septembre 1985, *Association France Terre d'Asile*, Rec. p. 263.

prévaloir, à l'appui d'un recours dirigé contre un acte administratif non réglementaire, des dispositions précises et inconditionnelles d'une directive, lorsque l'État n'a pas pris, dans les délais impartis par celle-ci, les mesures de transposition nécessaires »³⁹⁶. La situation est parfois plus délicate pour les normes d'origine internationale, en ce que la lettre des arrêts ne permet pas de savoir si leur invocabilité est refusée faute de précision suffisante ou parce que leur objet même est des régler exclusivement les relations entre les États parties. Le juge se contente généralement d'indiquer que les stipulations invoquées « ne produisent pas d'effets directs à l'égard des nationaux de ces États et ne peuvent, dès lors, être invoquées utilement à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir »³⁹⁷, ou que le requérant ne peut utilement s'en prévaloir car elles sont dépourvues d'effet direct³⁹⁸. Deux décisions particulières peuvent fournir des contre-exemples. La première est rendue dans l'affaire *Garcia Henriquez*, la Haute juridiction précise que « les stipulations de l'alinéa 2 de l'article 5 de la Convention franco-grenadine d'extradition conclue le 9 avril 1850, (...) créent seulement des obligations entre États sans ouvrir de droits aux intéressés »³⁹⁹. Le second exemple découle de l'arrêt *Union juridique Rhône-Méditerranée*⁴⁰⁰, relatif à certaines stipulations des conventions de Berne du 19 septembre 1979 et de Ramsar du 2 février 1971.

De plus, la Cour de Luxembourg emploie le critère objectif d'applicabilité aux fins de déterminer si la stipulation invoquée peut servir de norme de référence au contrôle de validité des actes de l'Union. L'article 216 alinéa 2 du T.F.U.E. prévoit

³⁹⁶ CE, avis, 21 mars 2011, *Jin et Thiero*, nos 345978 et 346612, Rec. p. 93 ; A.J.D.A., 2011, p. 1688, note H. ALCARAZ.

³⁹⁷ CE 19 mars 2010, *Syndicat national des officiers de police*, n° 317225, inédit au Recueil Lebon.

³⁹⁸ Par exemple, CE Sect. 31 octobre 2008, *Section française de l'Observatoire international des prisons*, Rec. p. 374, concl. M. GUYOMAR ; R.F.D.A., 2009, p. 73, concl. ; A.J.D.A., p. 2389, chron. E. GEFFRAY et S.-J. LIÉBER ; Gaz. Pal, n° 348, 13 décembre 2008, p. 33, note M. GUYOMAR ; D., 2009, n° 2, p. 134, note M. HERZOG-EVANS ; D.A., janvier 2009, comm. n° 10, p. 31, note F. MELLERAY.

³⁹⁹ CE Ass. 8 mars 1985, *Garcia Henriquez*, Rec. p. 71 ; A.J.D.A., chron. S. HUBAC et J.-E. SCHOETTL, p. 406 ; R.D.P., p. 1130, concl. B. GENEVOIS. Voir également CE Sect. 29 janvier 1993, *Mme Bouilliez*, Rec. p. 15 ; R.F.D.A., p. 794, concl. F. SCANVIC, et note D. RUZIÉ, p. 803 ; A.J.D.A., p. 364-365, note G. BURDEAU.

que « les accords conclus par l'Union lient les institutions de l'Union et les États membres » ; par conséquent, ceux-ci priment les actes de l'Union⁴⁰¹. Les institutions de l'Union européenne compétentes pour la négociation et la conclusion d'un accord international peuvent également convenir avec les États tiers concernés des effets que les stipulations de cet accord doivent produire dans l'ordre interne des parties contractantes. Si ces effets juridiques ne sont pas établis par la convention internationale, « il incombe aux juridictions compétentes, et en particulier à la Cour, de trancher cette question au même titre que toute autre question d'interprétation relative à l'application de l'accord dans l'Union »⁴⁰². Quand un requérant soulève un moyen fondé sur l'incompatibilité d'un acte de droit dérivé dans le cadre d'une procédure engagée devant une juridiction nationale et que cette dernière forme une question préjudicielle en vertu de l'article 267 du T.F.U.E.⁴⁰³, la Cour de justice peut être amenée à contrôler la validité de l'acte de droit dérivé par rapport à la stipulation internationale invoquée. Pour ce faire, la Cour débute son examen par la vérification de deux conditions cumulatives, afin de déterminer si la conformité du droit de

⁴⁰⁰ CE 17 novembre 1995, *Union juridique Rhône-Méditerranée*, Rec. p. 412 : « si les obligations internationales de la convention de Berne du 19 septembre 1979, ratifiée par la France et rendue applicable par le décret du 22 août 1990 d'une part, et de la convention de Ramsar du 2 février 1971, également ratifiée et rendue applicable par le décret du 20 février 1987 d'autre part, imposent à la France la conservation de la flore et de faune sauvages et de leurs habitats et la protection particulière de certaines espèces, notamment par des zones de protection spéciale, ainsi que la conservation des zones humides et des oiseaux d'eau, les stipulations desdites conventions créent seulement des obligations entre États sans ouvrir de droits aux intéressés ».

⁴⁰¹ Par exemple, CJCE 10 septembre 1996, *Commission c. Allemagne*, C-61/94, Rec., I, p. 3989, point 52 p. 4020-4021 ; CJCE 12 janvier 2006, *Algemene Scheeps Agentuur Dordrecht B.V. c. Inspecteur der Belastingdienst - Douanedistrict Rotterdam*, C-311/04, Rec., I, p. 609, point 25 p. 637 ; CJCE 3 juin 2008, *The Queen, à la demande d'International Association of Independent Tanker Owners (Intertanko) e.a. c. Secretary of State for Transport*, C-308/06, Rec., I, p. 4057, point 42 p. 4119 ; CJCE 3 septembre 2008, *Yassin Abdullah Kadi et Al Barakaat International Foundation c. Conseil et Commission*, aff. jointes C-402/05 P et C-415/05 P, Rec., I, p. 6351, point 307 p. 6495.

⁴⁰² CJUE 21 décembre 2011, *Air Transport Association of America, American Airlines Inc., Continental Airlines Inc., United Airlines Inc. c. Secretary of State for Energy and Climate Change*, C-366/10, à paraître au Recueil des arrêts de la CJUE, point 49. Voir également CJCE 26 octobre 1982, *Hauptzollamt Mainz contre C.A. Kupferberg & Cie KG a.A.*, 104/81, Rec. p. 3641, point 17 p. 3663 ; CJCE 23 novembre 1999, *Portugal c. Conseil de l'Union européenne*, C-149/96, Rec., I, p. 8395, point 34 p. 8436.

L'Union concerné peut être appréciée au regard des règles du droit international invoquées⁴⁰⁴. L'Union européenne doit tout d'abord être liée par la règle internationale invoquée⁴⁰⁵ ; la Cour « considère qu'elle ne peut procéder à l'examen de la validité d'une réglementation communautaire dérivée au regard d'un traité international que lorsque la nature et l'économie de celui-ci ne s'y opposent pas »⁴⁰⁶. Les stipulations « de ce traité invoquées aux fins de l'examen de la validité de l'acte du droit de l'Union [doivent apparaître], du point de vue de leur contenu, inconditionnelles et suffisamment précises »⁴⁰⁷. « Une telle condition est remplie lorsque la disposition invoquée comporte une obligation claire et précise qui n'est subordonnée, dans son exécution ou dans ses effets, à l'intervention d'aucun acte ultérieur »⁴⁰⁸.

⁴⁰³ « La Cour de justice de l'Union européenne est compétente pour statuer, à titre préjudiciel : a) sur l'interprétation des traités, b) sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union. Lorsqu'une telle question est soulevée devant une juridiction d'un des États membres, cette juridiction peut, si elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement, demander à la Cour de statuer sur cette question. Lorsqu'une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, cette juridiction est tenue de saisir la Cour. Si une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale concernant une personne détenue, la Cour statue dans les plus brefs délais ».

⁴⁰⁴ CJCE 3 juin 2008, *The Queen*, à la demande d'International Association of Independent Tanker Owners (Intertanko) e.a. c. Secretary of State for Transport, C-308/06, Rec., I, p. 4057, point 43 p. 4119-4120.

⁴⁰⁵ CJCE 12 décembre 1972, *International Fruit Company NV et autres c. Produktschap voor Groenten en Fruit*, aff. jointes 21 à 24/72, Rec. p. 1219, point 7 p. 1227 ; C.D.E., 1973, p. 4, comm. J. RIDEAU ; R.M.C., 1974, p. 345, comm. R. KOVAR ; R.T.D.E., 1975, p. 431, comm. V. CONSTANTINESCO et D. SIMON. CJCE 3 juin 2008, *The Queen*, à la demande d'International Association of Independent Tanker Owners (Intertanko) e.a. c. Secretary of State for Transport, C-308/06, Rec., I, p. 4057, point 44 p. 4120.

⁴⁰⁶ CJCE 9 septembre 2008, *Fabbrica italiana accumulatori motocarri Montecchio SpA (F.I.A.M.M.) e.a. c. Conseil et Commission*, aff. jointes C-120/06 P et C-121/06 P, Rec., I, p. 6513, point 110 p. 6592 ; CJUE 21 décembre 2011, *Air Transport Association of America, American Airlines Inc., Continental Airlines Inc., United Airlines Inc. c. Secretary of State for Energy and Climate Change*, C-366/10, à paraître au Recueil des arrêts de la CJUE, point 53.

⁴⁰⁷ CJUE 21 décembre 2011, *Air Transport Association of America, American Airlines Inc., Continental Airlines Inc., United Airlines Inc. c. Secretary of State for Energy and Climate Change*, C-366/10, à paraître au Recueil des arrêts de la CJUE, point 54. Voir également CJCE 10 janvier 2006, *The Queen*, à la demande d'International Air Transport Association (I.A.T.A.) et European Low Fares Airline Association (E.L.F.A.A.) c. Department for Transport, C-344/04, Rec., I, p. 403, point 39 p. 464 ; CJCE 3 juin 2008, *The Queen*, à la demande d'International Association of Independent Tanker Owners (Intertanko) e.a. c. Secretary of State for Transport, C-308/06, Rec., I, p. 4057, point 45 p. 4120.

⁴⁰⁸ CJCE 30 septembre 1987, *Meryem Demirel c. Ville de Schwäbisch Gmünd*, 12/86, Rec. p. 3719, point 14, p. 3752 ; CJUE 8 mars 2011, *Lesoochránárske zoskupenie V.L.K.*, C-240/09, à paraître au Recueil, point 44.

B – L’emploi d’un critère théoriquement lié à la compétence du juge

La mise en œuvre du critère commun de précision de la norme est envisagée, sur le plan pratique, comme nécessitant un examen des termes de l’énoncé. Sur le plan théorique, cette démarche est couramment justifiée, en droit interne, par les limites de l’office juge, découlant du principe de la séparation des pouvoirs (1). La reconnaissance de l’effet direct des directives européennes est largement influencée par l’ampleur de la compétence des États membres dans l’opération de transposition (2).

1. Un critère fondé sur la séparation des pouvoirs

En théorie, le critère objectif d’applicabilité se fonde sur les qualités matérielles de la norme, qui trouvera à s’appliquer si elle est suffisamment précise, claire, complète, voire inconditionnelle. En cas contraire, les dispositions de cette dernière sont jugées imprécises, leur adaptation et leur concrétisation échoient à l’autorité normative compétente. *« Lorsque la marge d’appréciation de l’État est trop importante dans l’adoption des mesures par lesquelles il peut s’acquitter de ses obligations internationales, il ne reviendrait pas au juge, à qui l’application directe de la règle internationale est demandée, de préjuger du contenu des choix qui sont à faire : dès lors qu’une marge d’appréciation existe, le juge ne pourrait, sans empiéter sur le domaine du législateur, se substituer à lui, fût-ce dans le souci de faire produire à la règle internationale l’effet utile auquel elle prétend »*⁴⁰⁹. La logique ainsi résumée par Olivier DE SCHUTTER, travaillant sur l’effectivité de la règle internationale, est totalement transposable pour les normes du droit interne. Quant aux directives européennes, concluant sur l’affaire *Mme Perreux*, le Rapporteur public Mattias GUYOMAR explique que *« l’appréciation du caractère précis et inconditionnel de la disposition en cause relève au premier chef de votre responsabilité. Nous vous invitons à retenir une acception stricte de cette qualité de la disposition invoquée qui nous semble souhaitable afin de préserver votre légitimité dans l’application directe d’une directive. C’est à cette condition en effet que sera évité le double*

⁴⁰⁹ DE SCHUTTER O., *Fonction de juger et droits fondamentaux, transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américain et européens*, Bruxelles, Bruylant, Bibliothèque de la Faculté de droit de l’Université catholique de Louvain, 1999, p. 152.

risque d'un empiètement des institutions communautaires dans le domaine de compétence des autorités normatives nationales et d'une attitude usurpatoire du juge »⁴¹⁰.

Cette conception des règles de compétence aboutit en pratique à déduire de l'absence d'actes juridiques complétant la norme non directement applicable invoquée l'impossibilité pour le justiciable de s'en prévaloir, « faute de précision ». Réciproquement, le juge constate l'impossibilité « d'emprunter à son dispositif la solution du litige dont il est saisi »⁴¹¹. Ce raisonnement des plus répandus semble logique et solidement fondé. Par son indétermination, la norme non directement applicable appelle une opération « d'élaboration complémentaire » qui pèse souvent sur les épaules du juge, confronté à une situation concrète. Les normes jugées dépourvues d'applicabilité directe suite à l'application du critère objectif contiendraient une obligation d'action⁴¹² incombant à leurs destinataires directs : les autorités publiques normatives. En cas de violation de cette obligation, le juge serait incompétent dans la mesure où sa décision relèverait, au plus, de l'exercice d'une compétence normative ; au moins, de l'injonction adressée à l'administration ou au législateur.

Partant, l'attitude souvent ambiguë du juge s'explique par la tension fondamentale existant entre la nécessité de respecter les prescriptions législatives – mêmes indéterminées – l'interdiction du déni de justice et le respect de la séparation des pouvoirs. Le juge intervient logiquement au bout de la chaîne normative et en constate les lacunes et imperfections. Face aux faiblesses du dispositif, le juge s'interdit, en principe, de se substituer expressément et directement aux autorités normatives, en particulier au législateur, malgré les nécessités de l'affaire qui lui est soumise. « *Lorsque dans un État l'autorité constituante est volontairement équivoque, l'autorité législative systématiquement défailante, l'autorité gouvernementale perpétuellement hésitante, ce n'est pas le juge à lui seul qui peut redresser la situation* »⁴¹³.

⁴¹⁰ GUYOMAR M., *op. cit.*, p. 1138.

⁴¹¹ VERHOEVEN J., *La notion d'« applicabilité directe » du droit international*, R.B.D.I., 1980, p. 243 à 264, p. 244.

⁴¹² Par exemple, en édictant des mesures d'exécution ou en prenant en compte la norme dans la définition des politiques publiques.

⁴¹³ GAZIER F., *concl. sur CE Ass. 7 juillet 1950, Dehaene*, R.D.P., 1959, p. 702 à 708, p. 708.

Cette position est l'une des explications de la constante recherche de la volonté de l'auteur de la norme.

2. Les liens entre effet direct des directives, partage des compétences et effet utile du droit de l'Union européenne

L'appréciation de l'effet direct des directives européenne se fonde également sur le critère objectif d'applicabilité et semble, *a priori*, dépendre d'impératifs liés à l'ampleur de la compétence des États membres dans la mise en œuvre des dispositions de la directive : « le maintien d'une compétence des États membres pour la mise en œuvre de la règle, du point de vue procédural, n'en exclut pas l'effet direct dès lors que, sur le fond, ils ne disposent d'aucune faculté d'en conditionner ou d'en restreindre l'application. Mais il en va autrement lorsque les États restent compétents pour définir des conditions de fond. Il en est de même lorsque la directive laisse aux États membres le choix, pour assurer sa mise en œuvre, entre plusieurs options possibles »⁴¹⁴. Si cette compétence consiste en une réelle opération d'élaboration complémentaire, par la détermination de modalités substantielles de concrétisation de la règle, le juge, appliquant le principe de la séparation des pouvoirs, considère que la norme ne peut pas être invoquée en l'absence de mesures d'application. En revanche, le contexte juridique de cette détermination s'avère légèrement différent. Comme l'explique le Conseil d'État dans son avis *Jin et Thiero* du 21 mars 2011, « il résulte de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne que les dispositions d'une directive sont suffisamment précises dès lors qu'elles énoncent une obligation dans des termes non équivoques et qu'elles sont inconditionnelles lorsqu'elles énoncent un droit ou une obligation qui n'est assorti d'aucune condition ni subordonné, dans son exécution ou dans ses effets, à l'intervention d'aucun acte soit des institutions de l'Union européenne, soit des États membres »⁴¹⁵. Cette formulation est révélatrice de l'emploi du critère objectif d'applicabilité, qui était interprété, à l'origine, comme manifestant le fait que le juge national n'est pas destinataire de l'obligation de transposition de la directive.

⁴¹⁴ GUYOMAR M., concl. sur CE Ass. 30 octobre 2009, *Mme Perreux*, R.F.D.A., 2009, p. 1125 à 1145, p. 1139.

Cependant, l'effet direct des directives européennes répond à d'autres impératifs spécifiques et différents des seules questions de compétence. En effet, la reconnaissance de la possibilité pour les directives de produire un effet direct est loin d'aller de soi, tant à la lecture de l'article 288 du T.F.U.E., qu'au regard de la définition même de la directive européenne, acte nécessitant une transposition par les États membres et impliquant un choix quant à la forme et aux moyens. Le raisonnement tenu par la Cour de justice dans la jurisprudence *Van Duyn* de 1974⁴¹⁶ se fonde principalement sur deux arguments. D'une part, l'exclusion de toute invocabilité des directives européennes est jugée incompatible avec l'effet contraignant que l'article 288 du T.F.U.E. leur confère⁴¹⁷. D'autre part, « *particulièrement dans les cas où les autorités communautaires auraient, par directive, obligé les États membres à adopter un comportement déterminé, l'effet utile d'un tel acte se trouverait affaibli si les justiciables étaient empêchés de s'en prévaloir en justice et les juridictions nationales empêchées de la prendre en considération en tant qu'élément du droit communautaire* »⁴¹⁸. Comme le démontre Denys SIMON, selon la Cour de Luxembourg, « *la sanction de l'obligation de transposition des directives en droit national ne peut être utilement assurée par le seul jeu du recours en constatation de manquement, mais doit également être rendue effective grâce à la "vigilance des particuliers intéressés à la sauvegarde de leurs droits"*⁴¹⁹ »⁴²⁰.

⁴¹⁵ CE, avis, 21 mars 2011, *Jin et Thiero*, nos 345978 et 346612, Rec. p. 93 ; A.J.D.A., 2011, p. 1688, note H. ALCARAZ.

⁴¹⁶ CJCE 4 décembre 1974, *Yvonne Van Duyn c. Home Office*, 41/74, Rec. p. 1337.

⁴¹⁷ « *Il serait incompatible avec l'effet contraignant que l'article 189 reconnaît à la directive d'exclure en principe que l'obligation qu'elle impose puisse être invoquée par des personnes concernées* », CJCE 4 décembre 1974, *Yvonne Van Duyn c. Home Office*, précité, point 12 p. 1348.

⁴¹⁸ *Ibid.*

⁴¹⁹ CJCE 5 février 1963, *N. V. Algemeine Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos c. Administration fiscale néerlandaise*, 26/62, Rec. p. 3 à 28, p. 25.

⁴²⁰ SIMON D., *Le système juridique communautaire*, Paris, P.U.F., Collection Droit fondamental, 3^e éd., 2001, p. 395.

Paragraphe II : Le critère subjectif, critère d'applicabilité des normes d'origine externe

La création de droits subjectifs est la condition de l'effet direct propre aux stipulations internationales (A). Les méthodes d'analyse de ce critère subjectif d'applicabilité découlent de la nature conventionnelle des normes internationales (B).

A – Le critère subjectif, critère d'applicabilité des normes d'origine externe

Il est communément admis que les normes internationales sont dépourvues d'applicabilité directe et qu'elles ne sont donc pas invocables devant une juridiction tant qu'elles se bornent à régler exclusivement les relations entre les États parties et n'ont pas pour objet de garantir des droits au bénéfice des individus (1). L'appréciation de ce critère par le juge administratif se fait en fonction de plusieurs éléments (2).

1. L'absence d'applicabilité directe aux individus des stipulations purement interétatiques

Les normes conventionnelles convenablement introduites dans l'ordre juridique français, dûment ratifiées et publiées sont « *au nombre non seulement des règles de droit qui s'imposent au respect de toutes autorités publiques (...), mais aussi au nombre de celles dont chaque citoyen peut se prévaloir et réclamer, le cas échéant, le bénéfice devant les juridictions de l'ordre interne* »⁴⁴⁶. Cependant, aussi précise et inconditionnelle qu'elle puisse être, une norme d'origine internationale ne saurait utilement être invoquée par le justiciable si elle a pour objet de créer « *seulement des obligations entre États sans ouvrir de droits aux intéressés* »⁴⁴⁷. L'appréciation de ce critère

⁴⁴⁶ WALINE M., *Moyens recevables à l'appui d'une demande d'annulation d'un décret d'extradition*, note sous CE 30 mai 1952, *Dame Kirkwood*, R.D.P., 1952, p. 781 à 784, p. 781.

⁴⁴⁷ CE Ass. 8 mars 1985, *Garcia Henriquez*, Rec. p. 71 ; A.J.D.A., chron. S. HUBAC et J.-E. SCHOETTL, p. 406 ; R.D.P., p. 1130, concl. B. GENEVOIS. Pour un contre-exemple de formulation, cf. CE 28 mars 2011, *Collectifs contre les nuisances du T.G.V. de Chasseneuil-du-Poitou et de Migré-Auxances*, n° 330256, à paraître aux Tables du Recueil Lebon : les « *stipulations de la convention d'Aarhus énoncées à l'article 6 paragraphe 9 (...), créent seulement des obligations entre les États parties à la convention et ne produisent pas d'effets directs dans l'ordre juridique interne* ».

consiste en la recherche de l'intention des États parties à la convention, le désignant ainsi comme le critère « subjectif » d'applicabilité. En d'autres termes, l'applicabilité directe d'une stipulation internationale dans l'ordre interne exige que les parties à la convention aient entendu créer directement des droits ou des obligations pour les particuliers et qu'elle ne se soit pas limitée à régler les relations entre les États.

De nombreux systèmes juridiques étrangers recourent à l'emploi de cette méthode, dont l'origine peut être attribuée à la décision *Foster & Elam v. Neilson* de la Cour Suprême des États-Unis⁴⁴⁸. Selon la célèbre formule du Chief Justice John MARSHALL à l'occasion de cette affaire, et maintes fois reprise depuis lors par les tribunaux américains, « *a treaty is in its nature a contract between two nations, not a legislative act. It does not generally effect, of itself, the object to be accomplished, especially so far as its operation is infra-territorial ; but it is carried into execution by the sovereign power of the respective parties to the instrument. In the United States, a different principle is established. Our Constitution declares a treaty to be the law of the land. It is, consequently, to be regarded in the courts of justice as equivalent to an Act of legislature, whenever it operates of itself without the aid of a legislative provision. But when the terms of the stipulation import a contract, when either the parties engage to perform a particular act, the treaty addresses itself to the political, not the judicial department ; and the legislature must execute the contract before it can become a rule for the Court* »⁴⁴⁹. La Cour Suprême rejette ainsi l'applicabilité directe de l'article 8 d'un traité conclu entre l'Espagne et les États-Unis en 1819, qui stipule : « *all grants of land made before 24th of January 1818, by his catholic majesty (...) shall be ratified and confirmed to the persons in possession of the land, to the same extent that the same grants would be valid if the territories had remained under the*

⁴⁴⁸ Cour Suprême des États-Unis, 4 février 1829, *Foster & Elam v. Neilson*, 27 U.S. (2 Pet.) 253 (1829).

⁴⁴⁹ Cour Suprême des États-Unis, 4 février 1829, *Foster & Elam v. Neilson*, 27 U.S. (2 Pet.) 253 (1829), p. 314-315.

dominion of his catholic majesty »⁴⁵⁰. Le Chief Justice John MARSHALL poursuit ses conclusions en détaillant l'interprétation à donner au texte⁴⁵¹.

Il est cependant intéressant de relever que, seulement quatre ans plus tard, dans sa décision du 14 février 1833 *U.S. v. Percheman*⁴⁵², la Cour suprême change de position, sur le même problème et concernant le même article du même traité. Dans le cadre de cette affaire, la Cour suprême dispose du texte original de l'article 8, en espagnol, et d'une traduction légèrement différente de celle fournie en 1829⁴⁵³. Le Chief Justice John MARSHALL conclut en expliquant que « *although the words "shall be ratified and confirmed", are properly words of contract, stipulating for some future legislative act ; they are not necessarily so. They may import that they "shall be ratified and confirmed" by force of the instrument itself* »⁴⁵⁴.

Le plus souvent, l'adoption de cette démarche est également justifiée par la référence à l'avis consultatif rendu par la Cour permanente de justice internationale de La Haye dans l'affaire des *Chemins de fer de Dantzig* de 1928⁴⁵⁵. « *Le point litigieux revient donc à ceci : Le Beamtenabkommen, tel qu'il est, fait-il partie du complexe des dispositions qui régissent les rapports juridiques entre l'Administration polonaise des chemins de fer et les fonctionnaires dantzikois passés à son service (contrat de service) ? La réponse à cette question dépend de l'intention des Parties contractantes. On peut facilement*

⁴⁵⁰ Cité par Thomas BUERGENTHAL, *Self-executing and non self-executing treaties*, R.C.A.D.I., 1992-IV, tome 235, p. 307 à 400, p. 371.

⁴⁵¹ « *The article under consideration does not declare that all the grants made by his catholic majesty before the 24th of January 1818 shall be valid to the same extent as if the ceded territories had remained under his dominion. It does not say that those grants are hereby confirmed. Had such been its language, it would have acted directly on the subject, and would have repealed those acts of congress which were repugnant to it ; but its language is that those grants shall be ratified and confirmed to the persons in possession, etc. By whom shall they be ratified and confirmed? This seems to be the language of contract ; and if it is, the ratification and confirmation which are promised must be the act of the legislature. Until such act shall be passed, the Court is not at liberty to disregard the existing laws on the subject. Congress appears to have understood this article as it is understood by the Court* », Cour Suprême des États-Unis, 4 février 1829, *Foster & Elam v. Neilson*, 27 U.S. (2 Pet.) 253 (1829), p. 314-315. Cité par Thomas BUERGENTHAL, *op. cit.*, p. 371-372.

⁴⁵² Cour Suprême des États-Unis, 14 février 1833 *U.S. v. Percheman*, 32 U.S. (7 Pet.) 51 (1833).

⁴⁵³ The grants « *shall remain ratified and confirmed to the persons in possession...* ».

⁴⁵⁴ Cour Suprême des États-Unis, 14 février 1833 *U.S. v. Percheman*, 32 U.S. (7 Pet.) 51 (1833), p. 89. Cité par Thomas BUERGENTHAL, *op. cit.*, p. 372.

⁴⁵⁵ CPJI, avis consultatif, 3 mars 1928, *Compétence des tribunaux de Dantzig (réclamations pécuniaires des fonctionnaires ferroviaires dantzikois passés au service polonais contre Administration polonaise des chemins de fer)*, Recueil des avis consultatifs de la CPJI, Série B, n° 15.

admettre que, selon un principe de droit international bien établi, le Beamtenabkommen, accord international, ne peut, comme tel, créer directement des droits et des obligations pour des particuliers. Mais on ne saurait contester que l'objet même d'un accord international, dans l'intention des Parties contractantes, puisse être l'adoption, par les Parties, de règles déterminées, créant des droits et obligations pour des individus, et susceptibles d'être appliquées par les tribunaux nationaux. Que telle ait été l'intention, dans le cas présent, c'est ce que l'on peut établir en se référant aux termes du Beamtenabkommen. Le fait que les diverses dispositions ont revêtu la forme d'un Abkommen est une preuve complémentaire, mais non une preuve décisive, quant à la nature et à l'effet juridique de l'acte. L'intention des Parties – que l'on doit rechercher dans le contenu de l'Accord, en prenant en considération la manière dont l'Accord a été appliqué – est décisive. Ce principe d'interprétation doit être appliqué par la Cour en la présente espèce »⁴⁵⁶.

2. L'appréciation du critère subjectif

L'application du critère subjectif nécessite pour le juge de rechercher l'intention des États. Cette démarche qui relève essentiellement d'un travail d'interprétation (a) est, jusqu'à une décision très récente, principalement guidée par un critère rédactionnel (b).

a. La recherche de l'intentionnalité des États, un travail d'interprétation du juge.

Les difficultés de l'appréciation de l'emploi du critère subjectif d'applicabilité par le juge résultent en partie de son approche casuiste, comme le relève le commissaire du Gouvernement Frédéric SCANVIC, concluant sur l'affaire *Mme Bouilliez* : « sur cette question, votre jurisprudence apparaît souvent pragmatique et est de ce fait en général peu nourrie de considérations théoriques »⁴⁵⁷. Pour chaque cas, le juge administratif cherche donc si de la stipulation invoquée peut être déduite l'existence de droits subjectifs et si cette stipulation autorise l'individu à s'en prévaloir devant le

⁴⁵⁶ Recueil des avis consultatifs de la CPJI, Série B, n° 15, p. 16-18.

⁴⁵⁷ SCANVIC F., concl. sur CE Sect. 29 janvier 1993, *Mme Bouilliez* ; R.F.D.A., 1993, p. 794 à 802, p. 797.

juge⁴⁵⁸. Plus précisément, cette appréciation est davantage une recherche de l'intention des auteurs de la norme que de ses possibles effets, du fait du jeu du critère du destinataire⁴⁵⁹. Ainsi, le sens attribué à la norme n'est plus la conséquence d'éléments objectifs, comme c'est le cas pour le critère du caractère complet de la norme. Au contraire, dans sa recherche du sens de la norme, en appréciant la volonté des États parties de créer des droits subjectifs, le juge est amené à interpréter ce qui se cache derrière la lettre de la stipulation pour en déterminer l'esprit. Le sens de la stipulation invoquée est donc déduit d'éléments subjectifs.

La distinction entre les stipulations se bornant à créer des obligations pour les États parties et celles qui en créent au profit des individus est opérée par le juge, au cas par cas, par l'examen de la nature et de la formulation de la stipulation invoquée. Or, la lettre des arrêts – comme d'ailleurs les conclusions des rapporteurs publics – ne traduisent que rarement la démarche, la méthode du juge. Plus encore, le principal problème est que les États parties font rarement état de leurs intentions, que ce soit dans le corps du traité ou dans les documents qui y sont annexés, tels que les rapports explicatifs⁴⁶⁰. Il est en effet très rare qu'un traité international – à plus forte raison un traité multilatéral – règle la question de son applicabilité directe dans l'ordre juridique interne des parties contractantes, et ce, quelle que soit la matière concernée. Cette omission volontaire est logique dans la mesure où les États parties à un traité sont aussi bien monistes que dualistes, et entendent tous bénéficier d'une liberté maximale dans l'opération d'introduction du droit international en droit interne. L'intention des États parties en matière d'applicabilité directe n'est donc presque jamais clairement exprimée et, par conséquent, doit être déduite de plusieurs éléments dont le langage employé. Le même constat s'opère pour les annexes ou les rapports explicatifs comme pour les travaux préparatoires qui, au plus, comportent

⁴⁵⁸ CE Sect. 29 janvier 1993, *Mme Bouilliez*, Rec. p. 15 ; R.F.D.A., p. 794, concl. F. SCANVIC, et p. 803, note D. RUZIÉ ; A.J.D.A., p. 364, note G. BURDEAU.

⁴⁵⁹ « Pour qu'une règle soit directement applicable, il faut et il suffit que ses auteurs l'aient voulue telle », J. VERHOEVEN, *La notion d'« applicabilité directe » du droit international*, R.B.D.I., 1980, p. 243 à 264, p. 259. Voir également *supra*, « Introduction », p. 41 à 47.

⁴⁶⁰ Comme le constate Claudia SCIOTTI-LAM à propos de certains traités, *L'applicabilité des traités relatifs aux droits de l'homme en droit interne*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 358 à 437.

quelques indices épars. La recherche de l'intention des États se présente ainsi comme un travail d'interprétation du juge.

Ce travail peut s'inspirer des articles 31 à 33 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités, qui indiquent les règles et moyens complémentaires d'interprétation des traités, en donnant priorité à l'intention des États parties. L'article 31 pose les règles générales d'interprétation et précise notamment qu'« un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but. (...) Un terme sera entendu dans un sens particulier s'il est établi que telle était l'intention des parties »⁴⁶¹. L'article 32 envisage les moyens complémentaires d'interprétation : « il peut être fait appel à des moyens complémentaires d'interprétation, et notamment aux travaux préparatoires et aux circonstances dans lesquelles le traité a été conclu, en vue, soit de confirmer le sens résultant de l'application de l'article 31, soit de déterminer le sens lorsque l'interprétation donnée conformément à l'article 31 : a) Laisse le sens ambigu ou obscur ; ou b) Conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable ». Par ailleurs, si, comme le relève le commissaire du Gouvernement Frédéric SCANVIC⁴⁶², le juge administratif s'abstient de renvoyer la question au Ministre des Affaires étrangères depuis 1990⁴⁶³, le travail d'interprétation peut malgré tout être facilité par les productions en défense de ce Ministère. Il est également possible de se référer aux

⁴⁶¹ *In extenso*, l'article 31 de la Convention de Vienne stipule : « un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but. Aux fins de l'interprétation d'un traité, le contexte comprend, outre le texte, préambule et annexes inclus : a) Tout accord ayant rapport au traité et qui est intervenu entre toutes les parties à l'occasion de la conclusion du traité ; b) Tout instrument établi par une ou plusieurs parties à l'occasion de la conclusion du traité et accepté par les autres parties en tant qu'instrument ayant rapport au traité. Il sera tenu compte, en même temps que du contexte : a) De tout accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions ; b) De toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité ; c) De toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties. Un terme sera entendu dans un sens particulier s'il est établi que telle était l'intention des parties ».

⁴⁶² SCANVIC F., concl. sur CE Sect. 29 janvier 1993, Mme Bouilliez, R.F.D.A., 1993, p. 794 à 802, p. 797.

⁴⁶³ CE Ass. 29 juin 1990, Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (G.I.S.T.I.), Rec. p. 171, concl. R. ABRAHAM ; A.J.D.A., p. 621, concl., et p. 631, note G. TEBOUL ; R.F.D.A., p. 923, note J.-F. LACHAUME ; R.D.P., p. 1579, note F. SABIANI ; J.D.I., p. 965, note J. JULIEN-LAFERRIÈRE ; G.A.J.A. n° 93.

analyses de Geneviève BURDEAU⁴⁶⁴ qui, après étude des conclusions du commissaire du gouvernement Rony ABRAHAM sur l'affaire G.I.S.T.I. de 1990⁴⁶⁵ et de celles de Frédéric SCANVIC sur l'affaire *Bouilliez*⁴⁶⁶, conclut à ce que les principes d'interprétation des engagements internationaux prévus par la Convention de Vienne de 1969 ne sont qu'un « élément parmi d'autres de la méthode utilisée par le juge en matière d'interprétation en général »⁴⁶⁷.

b. La remise en cause de l'importance du critère rédactionnel

Récemment, l'Assemblée du contentieux du Conseil d'État est saisie d'une affaire offrant l'occasion de revenir sur la jurisprudence G.I.S.T.I. du 23 avril 1997⁴⁶⁸ « en vertu de laquelle des stipulations qui ne produisent pas d'effets directs à l'égard des particuliers ne peuvent être utilement invoquées à l'appui de conclusions tendant à l'annulation d'un acte réglementaire »⁴⁶⁹. Dans le cadre de la décision G.I.S.T.I. et F.A.P.I.L., lue le 11 avril 2012, la Haute assemblée déclare que « les stipulations d'un traité ou d'un accord régulièrement introduit dans l'ordre juridique interne conformément à l'article 55 de la Constitution peuvent utilement être invoquées à l'appui d'une demande tendant à ce que soit annulé un acte administratif ou écartée l'application d'une loi ou d'un acte administratif incompatibles avec la norme juridique qu'elles contiennent, dès lors qu'elles créent des droits dont les particuliers peuvent directement se prévaloir ; que, sous réserve des cas où est en cause un traité pour lequel la Cour de justice de l'Union européenne dispose

⁴⁶⁴ BURDEAU G., note sous CE Sect. 29 janvier 1993, *Mme Bouilliez*, A.J.D.A., 1993, p. 364 à 369, notamment p. 366 à 368. Cette référence est empruntée à H. TIGROUDJA, *op. cit.*, p. 159.

⁴⁶⁵ ABRAHAM R., concl. sur CE Ass. 29 juin 1990, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (G.I.S.T.I.)*, A.J.D.A., p. 621.

⁴⁶⁶ SCANVIC F., concl. sur CE Sect. 29 janvier 1993, *Mme Bouilliez*, précitées, p. 798 : comme le cite également Hélène TIGROUDJA, *op. cit.*, p. 159, le commissaire du Gouvernement fait d'abord référence au « bon sens naturel du juge face à un texte obscur ou insuffisamment précis », puis aux articles 31 à 33 de la Convention de Vienne de 1969 relative au droit des traités, mais il précise que « ces techniques ne peuvent être que subsidiaires ».

⁴⁶⁷ BURDEAU G., note précitée, A.J.D.A., 1993, p. 364 à 369, p. 366.

⁴⁶⁸ CE Sect. 23 avril 1997, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (G.I.S.T.I.)*, Rec. p. 142, concl. R. ABRAHAM ; R.F.D.A., p. 585, concl. ; D. 1998, Jur., p. 15 ; A.J.D.A., p. 435, chron D. CHAVALUX et T.-X. GIRARDOT ; R.G.D.I.P., 1998, p. 203, ét. D. ALLAND.

⁴⁶⁹ Comme l'indique le rôle en ligne des principales affaires jugées par le Conseil d'État, séance publique du 23 mars 2012 à 14 heures, disponible sur le site internet du Conseil d'État : <http://www.conseil-etat.fr/node.php?articleid=2609>.

d'une compétence exclusive pour déterminer s'il est d'effet direct, 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 États et ne requiert l'intervention d'aucun acte complémentaire pour produire des effets à l'égard des particuliers ; que l'absence de tels effets ne saurait être déduite de la seule circonstance que la stipulation désigne les États parties comme sujets de l'obligation qu'elle définit »⁴⁷⁰.

Par cette décision, l'Assemblée du contentieux du Conseil d'État revient sur la prépondérance du critère rédactionnel dans la détermination de l'effet direct des stipulations internationales. Comme le remarquent Xavier DOMINO et Aurélie BRETONNEAU, le critère rédactionnel, « *jamais totalement assumé, en théorie, par la jurisprudence (...) ⁴⁷¹, y revêtait une indéniable portée pratique, les clauses d'un traité commençant par "les États parties" n'étant que dans de très rares cas reconnues d'effet direct* »⁴⁷². L'une des seules exceptions à ce constat concerne la reconnaissance de l'effet direct de l'article 37 de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant – portant sur l'arrestation, les sanctions pénales (notamment les privations de libertés) et l'accès à l'assistance juridique – qui stipule que « *les États parties veillent à ce que* ».

« Les sorts divers réservés, en matière d'effet direct, aux différentes stipulations de la convention d'Aarhus, par exemple, constituent une illustration éloquente du poids que peut revêtir, parfois de façon assez mécanique, le critère rédactionnel dans l'appréciation du

⁴⁷⁰ CE Ass. 11 avril 2012, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (G.I.S.T.I.) et Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement (F.A.P.I.L.)*, n° 322326, à paraître au Recueil Lebon ; R.F.D.A., p. 547, concl. G. DUMORTIER, p. 560, note M. GAUTIER ; A.J.D.A., p. 936, chron. A. BRETONNEAU et X. DOMINO.

⁴⁷¹ Les chroniqueurs se réfèrent au passage des conclusions du commissaire du Gouvernement Ronny ABRAHAM, rendues sur l'affaire G.I.S.T.I. de 1997, regrettant l'importance donnée à ce critère par l'étude élaborée en 1985 par la Section du rapport et des études du Conseil d'État, *Droit international et droit français* (Paris, La Documentation française, spé. p. 49-50) : ABRAHAM R., concl. sur CE Sect. 23 avril 1997, *Groupement d'information et de soutien des travailleurs immigrés (G.I.S.T.I.)*, R.F.D.A., p. 585 à 596, p. 590. Sont également citées les conclusions du commissaire du Gouvernement Yann AGUILA prononcées sur l'arrêt CE 6 juin 2007, *Commune de Groslay et autres*, A.J.D.A., p. 1527.

⁴⁷² BRETONNEAU A. et DOMINO X., *Les aléas de l'effet direct*, note sous CE Ass. 11 avril 2012, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (G.I.S.T.I.) et Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement (F.A.P.I.L.)*, in *Chronique générale de jurisprudence administrative française*, A.J.D.A., 2012, p. 936 à 942, note 8 p. 937.

« juge »⁴⁷³. La formule selon laquelle « les États parties s'engagent à » est traditionnellement interprétée comme renvoyant à des mesures ultérieures le soin de concrétiser l'engagement international⁴⁷⁴. En revanche, la formulation selon laquelle « les États parties reconnaissent » tel ou tel droit est initialement interprétée comme n'excluant pas l'effet direct, voire comme l'induisant⁴⁷⁵. Se fondant sur certaines décisions récentes, Xavier DOMINO et Aurélie BRETONNEAU constatent que cette

⁴⁷³ BRETONNEAU A. et DOMINO X., *Les aléas de l'effet direct*, note précitée, p. 938.

⁴⁷⁴ Par exemple, affirmant l'absence d'effet direct de l'article 3-2 de la Convention relative aux droits de l'enfant, CE 29 décembre 2006, *Mme Magroune*, n° 284467, inédit au Recueil Lebon.

⁴⁷⁵ ABRAHAM R., concl. sur CE Sect. 23 avril 1997, *Groupelement d'information et de soutien des travailleurs immigrés (G.I.S.T.I.)*, R.F.D.A., p. 585 à 596, p. 590 : « Enfin, l'on met souvent en avant un troisième critère de l'effet direct, qui serait tiré de la rédaction même de la stipulation conventionnelle en cause. Ainsi, des formules telles que « les États parties s'engagent à garantir » tel avantage ou « s'engagent à reconnaître » tel droit (employés, par exemple, dans la Charte sociale européenne et dans le Pacte des Nations unies relatif aux droits économiques, sociaux et culturels), auraient pour conséquence, par elles-mêmes, d'exclure l'effet direct, tandis que l'expression « les États reconnaissent » ou « les États garantissent » les droits énumérés ne l'exclurait pas, voire l'impliquerait. On trouve notamment le reflet de cette conception dans l'étude élaborée en 1985 par la Section du rapport et des études du Conseil d'État et intitulée *Droit international et droit français*, p. 49-50, qui paraît faire grand cas de ce critère rédactionnel. Qu'il nous soit permis d'exprimer à cet égard le plus grand scepticisme. La rédaction employée n'est certes pas indifférente. Elle est à notre avis un indice qui peut venir au soutien de l'une des deux grandes causes de l'absence d'effet direct : tantôt la formule « les États s'engagent à assurer » confirmera que l'objet de la règle qui suit est d'organiser les rapports entre États ; tantôt elle confortera l'idée que la norme internationale appelle nécessairement une législation interne d'application. Mais nous avons bien du mal à y voir un critère autonome, suffisant, de l'absence d'effet direct. D'une part, parce qu'il existe une infinité de nuances dans les formules employées par les conventions internationales, si bien que le critère rédactionnel est d'un maniement plus que délicat. D'autre part, parce que c'est prêter à la commune intention des parties bien plus qu'on ne peut raisonnablement lui attribuer que de voir dans l'emploi de telle ou telle formule la preuve que les rédacteurs auraient entendu écarter l'effet direct : comme nous l'avons déjà dit, les auteurs d'un traité sont généralement indifférents à son statut dans l'ordre interne et laissent cette question au droit national, spécialement dans le cas des grandes conventions multilatérales auxquelles adhèrent à la fois des États « monistes » et des États « dualistes » ».

distinction, souvent critiquée⁴⁷⁶, n'est plus réellement pratiquée de manière systématique avant même l'intervention de l'arrêt *G.I.S.T.I. et F.A.P.I.L.*⁴⁷⁷.

B – Le critère subjectif, critère fondé sur la nature contractuelle des traités internationaux

« Le droit international régit les rapports entre des États indépendants. Les règles de droit liant les États procèdent donc de la volonté de ceux-ci, volonté manifestée dans des conventions ou dans des usages acceptés généralement comme consacrant des principes de droit et établis en vue de la poursuite de buts communs »⁴⁷⁸. De la nature contractuelle des conventions internationales (1) est déduite la position de principe de l'individu, tiers à la relation juridique établie entre les États parties (2).

1. La nature contractuelle des engagements internationaux

La mise en œuvre du critère subjectif d'applicabilité consiste à écarter l'application des normes internationales qui ont pour objet de créer « seulement des obligations entre États sans ouvrir de droits aux intéressés »⁴⁷⁹, il est donc impossible de les invoquer. Comme le rappelle le Rapporteur public Gaëlle DUMORTIER, le « principe est, en vertu de l'effet relatif des contrats, l'absence d'effet direct et l'effet direct

⁴⁷⁶ « On observera que cette différence d'effet juridique entre les articles 7 et 8 au regard du seul critère de la rédaction n'est pas totalement convaincante. Ce critère était d'ailleurs critiqué par Ronny Abraham dans ses conclusions sur l'arrêt de Section, 23 avril 1997, *GISTI*, p. 142. Il conduit à procéder à de subtiles distinctions entre articles, voire même entre les paragraphes d'un même article – distinctions auxquelles n'avaient pas nécessairement songé les rédacteurs de la convention », Yann AGUILA, concl. sur CE Ass. 3 octobre 2008, *Commune d'Annecy*, R.F.D.A., p. 1147 à 1157, p. 1151.

⁴⁷⁷ BRETONNEAU A. et DOMINO X., *Les aléas de l'effet direct*, note précitée, p. 938. Voir notamment CE 26 septembre 2005, *Association « Collectif contre l'handiphobie »*, Rec. p. 391 ; CE 7 juin 2006, *Association AIDES et autres*, Rec. p. 282 ; Dr. Soc., n° 11, novembre 2006, p. 1037, concl. C. DEVYS ; J.C.P., A., 1154, note P. BILLET ; Dr. Env., n° 141, p. 235, note S. GRATAUD ; CE 25 juillet 2007, *Lowinski*, n° 292730 ; *Bourgeois*, n° 292731 ; *Dujan-court*, n° 292732 ; *Deroeux*, n° 292733 ; *Quilici*, n° 292734 ; *Moussin*, n° 292735 ; *Jolly*, n° 292736 ; *Di Benedetto*, n° 292737 ; *Faugoult*, n° 292738 ; *Hellequin*, n° 292739 ; (10 espèces), inédits au Recueil Lebon ; CE 23 décembre 2010, *Association Aides, Association des familles victimes du saturnisme (A.F.V.S.), Comité médical pour les exilés (C.O.M.E.D.E.) et Groupement d'information et de soutien des travailleurs immigrés (G.I.S.T.I.)*, Rec., Tables, p. 774 et p. 991 ; A.J.D.A., 2011, p. 463, concl. C. LANDAIS.

⁴⁷⁸ CPJI 7 septembre 1927, *France c. Turquie, affaire du S.S. Lotus*, Recueil des arrêts de la CPJI, Série A, n° 10, p. 18.

⁴⁷⁹ CE Ass. 8 mars 1985, *Garcia Henriquez*, Rec. p. 71 ; A.J.D.A., chron. S. HUBAC et J.-E. SCHOETTL, p. 406 ; R.D.P., p. 1130, concl. B. GENEVOIS.

l'exception. Cette exception joue lorsque le traité a, dans l'intention des parties, pour objet d'adopter des règles déterminées créant des droits et obligations pour les particuliers et susceptibles d'être appliquées par les tribunaux nationaux »⁴⁸⁰. Le fondement de cette distinction repose sur un raisonnement en deux temps. D'une part, la règle d'origine internationale dont la formulation révèle qu'elle n'entend régler que les relations entre les États ne peut avoir comme destinataires que les États, à l'exclusion de toute autre personne juridique. D'autre part, la qualité de destinataire de la règle d'origine internationale est une condition *sine qua non* de la possibilité de s'en prévaloir. Cette démarche est régulièrement rappelée et est développée dans les conclusions du commissaire du Gouvernement Ronny ABRAHAM sur l'affaire *G.I.S.T.I.* de 1997⁴⁸¹, comme dans celles du Rapporteur public Mattias GUYOMAR sur le récent arrêt *Mme Perreux*⁴⁸². Il ressort de ce qui précède que la méthode du juge dans l'application du critère subjectif d'applicabilité est principalement fondée sur trois référents difficilement différenciables les uns des autres : l'aptitude de la stipulation internationale à créer un droit subjectif au bénéfice des individus, la volonté des États parties de créer un tel droit et la condition selon laquelle la stipulation ne doit pas s'adresser uniquement aux États parties. Cette dernière, particulièrement difficile à isoler, est forcément remplie dès lors que les deux premiers critères sont satisfaits.

⁴⁸⁰ DUMORTIER G., concl. sur CE Ass. 11 avril 2012, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (G.I.S.T.I.) et Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement (F.A.P.I.L.)*, R.F.D.A., p. 547 à 559, p. 551.

⁴⁸¹ ABRAHAM R., concl. sur CE Sect. 23 avril 1997, *Groupement d'information et de soutien des travailleurs immigrés (G.I.S.T.I.)*, R.F.D.A., p. 585 à 596, p. 589 : « l'effet direct est écarté lorsque l'objet même de la norme conventionnelle est de régler exclusivement les relations entre les États parties et non pas de garantir des droits au bénéfice des particuliers. Dans ce cas, ce qui conduit à écarter l'effet direct, c'est la considération que les destinataires de la règle posée ne sont pas les individus, de telle sorte que ceux-ci sont sans qualité pour s'en prévaloir ».

⁴⁸² GUYOMAR M., concl. sur CE Ass. 30 octobre 2009, *Mme Perreux*, R.F.D.A., 2009, p. 1125 à 1145, p. 1138 : « la détermination de l'effet d'une norme dépend des destinataires de la règle posée. S'agissant des directives, il convient de bien distinguer les débiteurs de l'obligation de faire que sont les États-membres des destinataires finaux de la règle qui peuvent être les particuliers. Lorsque la directive pose un droit à leur profit, que celui-ci est défini de manière claire, complète, précise et inconditionnelle et que l'État a manqué à son obligation de transposition, les particuliers tirent de leur qualité de destinataire de la règle la faculté de s'en prévaloir devant le juge. Et s'ils peuvent l'invoquer à l'encontre de l'État, c'est précisément en raison de sa qualité d'obligé. Mais le caractère exclusif de cette qualité implique que ce droit subjectif ne peut être invoqué qu'à son encontre. C'est pourquoi l'effet direct ne peut être que vertical ascendant. Par nature, il ne pourra jamais être ni vertical descendant ni horizontal ».

Le rapprochement entre le traitement des stipulations internationales par le juge et les méthodes d'interprétation des contrats de droit privé se justifie par le consensualisme inhérent aux traités internationaux. Dans le cadre de l'affaire *Napier et autres c. Richmond* de 1839⁴⁸³, la Chambre civile de la Cour de cassation se livre à l'interprétation des stipulations d'un engagement international au moyen des articles 1156, 1158⁴⁸⁴ et 1161⁴⁸⁵ du Code civil, relatifs à l'interprétation des conventions. La méthode subjective d'interprétation⁴⁸⁶ a pour conséquence de parfois « faire prévaloir l'esprit de la norme sur sa lettre »⁴⁸⁷. Ce constat s'explique par la teneur des formulations des articles 31 à 33 de la Convention de Vienne de 1969, et 1156 du Code civil, selon lequel « on doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que s'arrêter au sens littéral des termes ». Il est cependant nécessaire de préciser qu'en adoptant cette démarche le juge ne fait que suivre le raisonnement développé par la Cour permanente de justice internationale dans son avis consultatif relatif aux *Chemins de fer de Dantzig*⁴⁸⁸. Cet avis pose le principe de l'absence de présomption d'applicabilité directe des engagements internationaux, renvoyant à une conception du traité comme contrat entre parties souverainement égales, et dont les stipulations s'adressent en réalité aux organes

⁴⁸³ Cass. civ. 24 juin 1839, *Napier et autres c. Richmond*, S., I, p. 577.

⁴⁸⁴ « Les termes susceptibles de deux sens doivent être pris dans le sens qui convient le plus à la matière du contrat ».

⁴⁸⁵ « Toutes les clauses des conventions s'interprètent les unes par les autres, en donnant à chacune le sens qui résulte de l'acte entier ».

⁴⁸⁶ Complémentaire, en droit des contrats, à la méthode objective qui fait appel « à la bonne foi, à l'équité contractuelle et aux usages des affaires », TERRÉ F., SIMLER P., LEQUETTE Y., *Droit civil – Les obligations*, Paris, Dalloz, Précis, 9^e éd., 2005, p. 452. Cette méthode trouve son fondement dans les dispositions de l'article 1135 du Code civil : « les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ».

⁴⁸⁷ TIGROUDJA H., *op. cit.*, p. 159. « Le Code civil tout comme le droit international coutumier et jurisprudentiel autorisent cette mise à l'écart du sens ordinaire des mots pour favoriser leur "esprit", jugé plus conforme à la volonté des parties », cf. la sentence arbitrale de la Cour permanente d'arbitrage, 7 septembre 1910, *Royaume Uni c. États-Unis*, dans l'affaire des *Pêcheries de l'Atlantique-Nord*, R.S.A. XI, p. 173 ; TIGROUDJA H., *op. cit.*, p. 159, note 44.

⁴⁸⁸ CPJI, avis consultatif, 3 mars 1928, *Compétence des tribunaux de Dantzig (réclamations pécuniaires des fonctionnaires ferroviaires dantzikois passés au service polonais contre Administration polonaise des chemins de fer)*, Recueil des avis consultatifs de la CPJI, Série B, n°15, p. 18. La même idée se retrouve antérieurement dans la jurisprudence américaine, comme en témoigne la célèbre formule du Chief Justice John MARSHALL à l'occasion de l'affaire *Foster Elam c. Neilson* (27 US (2 Pet.) 253) de 1829, précédemment évoquée.

étatiques dotés d'une compétence normative chargés d'appliquer les prescriptions de l'engagement.

2. L'individu, « tiers » à la relation juridique établie entre les États parties

« Le syllogisme retenu par le Conseil d'État peut être exprimé de la manière suivante : tout engagement international est un contrat qui ne lie que les États ; or, les individus ne sont pas des États, donc le contrat ne lie pas les individus sauf si le texte en dispose autrement »⁴⁸⁹. Naturellement, la suite de la réflexion s'oriente vers la détermination de la situation de l'individu à l'égard d'un engagement international conclu par l'État sous la juridiction duquel il est placé. Le raisonnement fondé sur le critère subjectif d'applicabilité est parfois critiqué pour les hypothèses où il est développé dans le cadre du contentieux de la légalité. En effet, la démarche est comprise comme introduisant, au stade de l'invocabilité d'un moyen, une forme d'exigence d'intérêt pour agir jugée incompatible avec le caractère objectif du recours pour excès de pouvoir⁴⁹⁰. Selon Xavier DOMINO et Aurélie BRETONNEAU, la situation peut être expliquée par la conception contractualiste des traités internationaux adoptée par le juge administratif : « par la nature essentiellement contractuelle des normes internationales, sur laquelle l'assemblée (...) semble avoir assis de larges pans de son raisonnement »⁴⁹¹.

⁴⁸⁹ TIGROUDJA H., *Le juge administratif français et l'effet direct des engagements internationaux*, R.F.D.A., 2003, p. 154 à 168, spé p. 164.

⁴⁹⁰ Par exemple, TIGROUDJA H., *op. cit.*, p. 159-160 : « alors que [le critère subjectif] n'entre pas dans la définition de l'intérêt à agir lorsque est invoquée une norme interne, [il] sera nécessaire pour se prévaloir d'une norme internationale. (...) Un particulier n'aura pas à prouver l'existence de droits subjectifs dès lors qu'il contestera devant le juge administratif un acte administratif l'atteignant dans sa situation juridique protégée par des normes internes. En revanche, la condition de recevabilité de son action change et se durcit si l'acte attaqué porte prétendument atteinte à une situation qui serait régie par des dispositions internationales. Exprimé d'une autre manière, cela signifie encore que si la jurisprudence *Kirkwood* et l'article 55 de la Constitution ont pour conséquence de faire entrer les engagements internationaux dans le patrimoine juridique des individus, les conditions posées par le juge administratif à la jouissance de ce patrimoine divergent en fonction de l'origine de son contenu. Ainsi, on a vu à travers la jurisprudence *Garcia Henriquez*, *Mme Bouilliez* et *Union juridique Rhône-Méditerranée* que le plaideur doit avancer la lésion d'un droit subjectif et ainsi prouver que le texte international invoqué avait bien pour objet de créer de tels droits, pour pouvoir en exiger la protection ».

⁴⁹¹ BRETONNEAU A. et DOMINO X., *Les aléas de l'effet direct*, note sous CE Ass. 11 avril 2012, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (G.I.S.T.I.) et Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement (F.A.P.I.L.)*, in *Chronique générale de jurisprudence administrative française*, A.J.D.A., 2012, p. 936 à 942, note 8 p. 937.

La conception contractualiste des traités internationaux se retrouve dans l'arrêt de la Cour permanente de justice internationale de 1926, portant sur *Certains intérêts allemands en Haute Silésie polonaise*⁴⁹², qui précise qu'« un traité ne crée ni obligations, ni droits pour un tiers sans son consentement » et se manifeste également dans la lettre des articles 34 à 37 de la Convention de Vienne de 1969⁴⁹³. Les principes inhérents à l'effet relatif des traités internationaux ne concernent pourtant que les États, seuls sujets du droit international. Malgré le développement en droit international des traités, de normes impératives relativement indépendantes de la volonté des États⁴⁹⁴ ou encore de la notion de responsabilité objective dans les travaux de la Commission du droit international des Nations Unies, la conception volontariste et contractualiste des engagements internationaux reste fortement dominante⁴⁹⁵. « Cela signifie que du point de vue du droit international et même dans les systèmes conventionnels les plus intégrés, l'engagement ne se départit jamais totalement de sa nature contractuelle et que c'est cette qualité qui est à la base du système d'application des engagements internationaux en droit international comme en témoignent les règles retenues par la Convention de Vienne de 1969, ainsi que le régime de responsabilité internationale »⁴⁹⁶.

Pour autant le droit international n'affirme-t-il pas que le contrat ne lie pas les individus ni qu'ils doivent être considérés comme des tiers à ce contrat. Par conséquent, le juge international qui déclare qu'une stipulation peut créer des droits et obligations dans le chef des particuliers ne situe pas ces derniers dans une position

⁴⁹² CPJI 25 mai 1926, *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, Recueil des arrêts de la CPJI, Série A, n° 7, p. 29. Cette conception traditionnelle rejoint, d'ailleurs, celle de l'obligation en droit international et est notamment exprimée dans la jurisprudence de la Cour permanente de justice internationale. Cf. CPJI, avis consultatif, 7 septembre 1927, *France c. Turquie, affaire du S.S. Lotus*, Recueil des avis consultatifs de la CPJI, Série A, n° 10, p. 18.

⁴⁹³ L'article 34 précise qu'« un traité ne crée ni obligations ni droits pour un État tiers sans son consentement », les articles 35 à 37 prévoient un aménagement au principe de l'effet relatif, dans les cas où l'État tiers accepte que les effets de l'engagement l'atteignent.

⁴⁹⁴ L'article 53 de la Convention de Vienne est relatif aux traités en conflit avec une norme impérative du droit international général (*jus cogens*), et stipule : « est nul tout traité qui, au moment de sa conclusion, est en conflit avec une norme impérative du droit international général. Aux fins de la présente Convention, une norme impérative du droit international général est une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère ».

⁴⁹⁵ En effet, ces évolutions ne concernent qu'un faible nombre de normes, souvent relatives à la protection de certains droits de l'homme et la responsabilité objective des États relève, pour l'instant, davantage de la théorie du droit que du droit positif.

juridique semblable à celle d'un État tiers. L'État tiers, lui, dispose de la capacité juridique à s'opposer ou à accepter qu'un acte produise des effets à son égard. En tant que sujet de droit international, l'État est doté de moyens juridiques d'exprimer sa volonté, ce qui n'est pas, en principe, le cas d'un individu. Comme le démontre Hélène TIGROUDJA, « le juge international qui s'interroge sur l'effet relatif des traités à l'égard des tiers ne raisonne qu'au sein de l'ordre juridique international et cette même question appliquée aux individus ne se pose pas dans des termes semblables mais dépend de la seule volonté, qui s'impose au juge international, des États de conférer des droits à leurs nationaux. La relation qui unit ces derniers aux États est donc objective et unilatérale, ce qui n'est pas le cas de celle qui lie l'État contractant à l'État tiers »⁴⁹⁷.

Par ailleurs, il est utile de souligner que le raisonnement est différent pour le droit de l'Union européenne en général et pour les directives en particulier. Dans ses conclusions sur l'affaire *Mme Perreux*, le Rapporteur public Mathias GUYOMAR explique que « la détermination de l'effet d'une norme dépend des destinataires de la règle posée. S'agissant des directives, il convient de bien distinguer les débiteurs de l'obligation de faire que sont les États-membres des destinataires finaux de la règle qui peuvent être les particuliers. Lorsque la directive pose un droit à leur profit, que celui-ci est défini de manière claire, complète, précise et inconditionnelle et que l'État a manqué à son obligation de transposition, les particuliers tirent de leur qualité de destinataire de la règle la faculté de s'en prévaloir devant le juge. Et s'ils peuvent l'invoquer à l'encontre de l'État, c'est précisément en raison de sa qualité d'obligé. Mais le caractère exclusif de cette qualité implique que ce droit subjectif ne peut être invoqué qu'à son encontre. C'est pourquoi l'effet direct ne peut être que vertical ascendant. Par nature, il ne pourra jamais être ni vertical descendant ni horizontal »⁴⁹⁸.

En conclusion, de l'utilisation des critères d'applicabilité ressort que, de manière générale, une norme juridique est dépourvue d'applicabilité directe lorsqu'elle est incomplète : est considérée comme telle la norme qui, par sa nature

⁴⁹⁶ TIGROUDJA H., *op. cit.*, p. 163.

⁴⁹⁷ TIGROUDJA H., *op. cit.*, p. 164.

⁴⁹⁸ GUYOMAR M., concl. sur CE Ass. 30 octobre 2009, *Mme Perreux*, R.F.D.A., 2009, p. 1125 à 1145, p. 1138.

imprécise et générale, et/ou par son objet (par exemple, aménager l'exercice d'un droit), nécessite l'intervention des autorités normatives. De manière spécifique, les stipulations internationales sont jugées non directement applicables quand elles ne créent pas de droit subjectif dans le chef des particuliers. De cette absence, il est déduit que ces stipulations n'intéressent que les rapports entre États, donc les individus ne sauraient s'en prévaloir dans le cadre d'une procédure juridictionnelle.

Section II : L'emploi de critères d'applicabilité aux conséquences critiquables

Il résulte de ce qui précède que les critères de détermination de l'applicabilité de la norme juridique semblent issus d'un raisonnement logique et fondé sur le plan théorique. En revanche, cette méthode présente de nombreuses difficultés en pratiques. Dégager des règles régissant l'application concrète des critères objectif et subjectif par le juge est loin d'être une opération aisée, tant les arrêts restent elliptiques sur ce point. Le plus souvent, la formulation des décisions se contente d'une affirmation de l'applicabilité directe de la norme invoquée ou de son absence. Plus encore, la démarche juridictionnelle s'avère particulièrement casuistique.

En dépit de ces obstacles, une analyse approfondie de la jurisprudence permet de relever deux séries de conséquences concrètes du raisonnement mené par le juge. En premier lieu, l'usage du critère objectif d'applicabilité aboutit à une distinction –classique mais contestable– des normes en fonction de la nature des obligations qu'elles prescrivent : les normes prescrivant des obligations négatives sont considérées comme étant directement applicables et donc invocables devant le juge, au contraire de celles posant des obligations positives (Paragraphe I). En second lieu, la détermination juridictionnelle concrète de l'applicabilité directe se révèle être confuse et à la source de nombreuses insuffisances théoriques et pratiques (Paragraphe II).

Paragraphe I : Une démarche aboutissant à associer l'applicabilité directe à la nature de l'obligation prescrite par la norme invoquée

L'interprétation juridictionnelle du critère objectif d'applicabilité de toute norme juridique est particulière et consiste en réalité en l'établissement d'une différenciation de la nature des obligations contenues dans les prescriptions normatives (A). De la distinction entre obligations positives et obligations négatives découle une série de conséquences contentieuses (B). Les normes posant des obligations négatives, indépendamment du degré de détail de leur formulation, sont considérées comme directement invocables et voient leur applicabilité nettement élargie. En revanche, les normes prescrivant des obligations positives voient leur potentiel d'applicabilité strictement limité et leur invocabilité rarement admise.

A – Une distinction entre obligations positives et obligations négatives

La distinction entre obligations positives et obligations négatives connaît des fondements théoriques anciens (1), mais est toujours appliquée par le juge dans son appréciation de l'applicabilité directe des normes invoquées devant lui (2).

1. Les fondements théoriques de la distinction

La dichotomie entre obligations positives et obligations négatives a de multiples sources, mais il est possible d'affirmer que les doctrines européennes ont été largement influencées par les travaux de Georg JELLINEK⁴⁹⁹. Dans son *System der subjektiven öffentlichen Rechte*⁵⁰⁰, Georg JELLINEK identifie quatre statuts différents de l'individu : le *status subiectionis*, le *status negativus*, le *status positivus* et le *status activus*. La distinction est désormais réduite à une opposition entre le *status negativus*, relatif aux libertés négatives classiques (de première génération) de défense contre le pouvoir étatique, et le *status positivus*, comprenant les droits à une action ou une prestation de l'État (de deuxième génération). Le *status activus* regroupe quant à lui

⁴⁹⁹ Notamment JELLINEK G., *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 3^e éd., 1914, spé. p. 418 et suivantes.

⁵⁰⁰ JELLINEK G., *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Tübingen, [1^{re} éd., 1892], 2^e éd., J.C.B. Mohr, 1905.

les droits politiques et de participation, permettant au citoyen de prendre part aux affaires publiques, qui ont été assimilés par les deux autres catégories en fonction du caractère principalement défensif ou positif de leurs effets. Enfin, le *status subiectionis* correspond au statut passif de l'individu qui ne relève d'aucun ordre juridique déterminé.

La théorie traditionnelle oppose les droits et libertés classiques aux droits-créances dans les rapports entre l'individu et l'État. Les droits et libertés classiques sont conçus comme imposant des interdictions ou obligations négatives à l'État. Entrent dans cette catégorie les normes posant certains droits et libertés de la personne humaine ou du travailleur, tels que l'interdiction des arrestations arbitraires (article 7 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen), la liberté syndicale ou le droit de grève (alinéas 6 et 7 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946). Le respect de ces libertés classiques exige principalement une abstention des autorités étatiques. En cas de violation de ces règles, l'individu peut réagir aux immixtions de l'État dans sa liberté en s'adressant à la juridiction compétente afin d'obtenir l'annulation de l'acte illégal ou la réparation de son préjudice. Cette conception est largement inspirée du libéralisme politique dont le but originel vise à la protection des individus contre le pouvoir étatique et ses abus : le rôle de l'État est de s'abstenir d'intervenir dans les sphères économique et privée. Dans une lecture plus moderne du libéralisme, l'État a pour mission de « consacrer, garantir et coordonner l'autonomie naturelle initiale des individus, et d'assurer à leur volonté le maximum d'indépendance compatible avec l'égalité liberté d'autrui »⁵⁰¹. Ces doctrines ont permis, comme le souligne Léon DUGUIT, « la limitation par le droit des pouvoirs de l'État »⁵⁰². Les nécessités du respect de la liberté dégagées par cette approche individualiste sont rapidement dépassées par celles de l'égalité dont la garantie exige un changement de paradigme et la mise en place d'autres mécanismes juridiques.

⁵⁰¹ NIORT J.-F., *La naissance du concept de droit social en France : une problématique de la liberté et de la solidarité*, R.R.J.-Droit prospectif, 1994, p. 773 à 794, p. 777.

⁵⁰² DUGUIT L., *Manuel de droit constitutionnel*, tome II, *La théorie générale de l'État*, Paris, éd. Brocard, 4^e éd., 1923, p. 4.

Les droits-créances, souvent assimilés à des droits sociaux, sont considérés par la doctrine classique comme impliquant une action positive de l'État, notamment par la définition et le développement des politiques publiques. Face à de telles formulations normatives, l'individu n'est plus du tout dans la même position par rapport aux autorités publiques. Il peut désormais attendre de l'État l'accomplissement de certaines prestations dont il peut être considéré comme créancier. Selon cette conception programmatique, les droits-créances « *ne peuvent recevoir satisfaction qu'après la mise en place d'un appareil destiné à répondre aux exigences des particuliers. Le service public est donc, pour la satisfaction de tels pouvoirs, le procédé le plus normal. Tant que le service n'est pas créé, tant que l'État n'a pas réuni les moyens nécessaires pour s'acquitter de son obligation, le droit du créancier ne peut s'exercer* »⁵⁰³. En cas de retard dans la satisfaction de ces obligations positives ou de violation des termes de la norme, l'individu ne peut utilement se tourner vers le juge : ce dernier rejette l'invocabilité d'un tel moyen en expliquant cette décision par des raisons tenant à la séparation des pouvoirs. De plus, du caractère progressif de la réalisation des droits-créances est déduit un caractère contingent. Alors que les droits civils sont réputés être d'application immédiate, les droits-créances voient leur concrétisation subordonnée à l'amélioration des ressources collectives⁵⁰⁴. L'étalement dans le temps de la réalisation des droits-créances est parfois interprétée comme déliant l'État de toute obligation de concrétisation tangible. Les autorités publiques peuvent ainsi

⁵⁰³ RIVERO J. et MOUTOUH H., *Les libertés publiques*, Tome I, *Les droits de l'homme*, Paris, P.U.F., Collection Thémis droit public, 9^e éd., 2003, p. 89. Cité par Laurence GAY, *op. cit.*, p. 114.

⁵⁰⁴ Comme le démontre le Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux (C.R.E.D.O.F.) de l'Université de Paris Ouest Nanterre La Défense, *Projet de recherche sur la justiciabilité des droits sociaux, Amicus curiæ spontané*, remis à la Section du contentieux du Conseil d'État (article R. 625-3 du Code de justice administrative), dans le cadre de la requête n° 322326 du G.I.S.T.I. et de la F.A.P.I.L. contre les ministères de l'Immigration et du Logement, mars 2010, p. 10-11, téléchargeable sur le site internet du C.R.E.D.O.F. : <http://droits-sociaux.u-paris10.fr/index.php?id=164>.

tarder dans la mise en œuvre de ces droits, considérée de surcroît comme (trop) coûteuse⁵⁰⁵.

Cette démarche ressort de manière particulièrement claire dans les conclusions du commissaire du Gouvernement Christine MAUGÜÉ sur l'affaire *Rouquette et autres*⁵⁰⁶. Christine MAUGÜÉ explique que « *les termes employés par la plupart des articles du Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, (...) incitent à considérer que ces stipulations ne sont pas destinées à créer directement des droits au profit des particuliers. Ce qui s'oppose à l'applicabilité immédiate de normes ainsi rédigées, ce n'est pas qu'elles règlent seulement les rapports d'État à État, mais que les droits conférés aux particuliers supposent, pour devenir effectifs, l'édiction d'une législation que les États parties sont tenus d'adopter* »⁵⁰⁷. Le commissaire du Gouvernement insiste ensuite sur le fait que « *les signataires du Pacte [international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels] ont entendu assigner aux États signataires une obligation de résultat, mais sa réalisation est graduelle et dépendante à la fois de l'aide internationale, de la disponibilité des moyens et du choix des mesures. Rien de comparable avec le Pacte de New York relatif aux droits civils et politiques qui, à l'instar de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, a pour objet de garantir immédiatement aux individus un certain nombre de droits fondamentaux et aux stipulations duquel vous avez à plusieurs reprises*

⁵⁰⁵ Ce raisonnement, classique, est également développé par une partie de la doctrine privatiste. « *Ce qui est sûr, c'est que le droit dit opposable au logement n'est pas un véritable droit subjectif. C'est une créance sans débiteur* », Gérard Cornu, *Introduction au droit*, Paris, Montchrestien, Collection Domat, 13^e éd., 2007, p. 16, note 1. Après avoir indiqué que « *l'application des droits de la deuxième génération (...) suppose réalisées des conditions de prospérité économique exceptionnelles et l'octroi de subventions par l'État* », Philippe MALAURIE et Patrick MORVAN (*Droit civil – Introduction générale*, Paris, Defrénois, 3^e éd., 2009, p. 33 et suivantes) présentent les « *droits de la première génération* » et précisent que « *ce sont les "vrais" droits de l'homme et surtout les plus effectifs* ». Ils poursuivent en donnant quelques exemples : « *les droits de l'homme ont proliféré – au risque de dénaturer le concept – au sein de textes, imprécis dans leur objet [en note : article 11 du Pacte international relatif aux droits sociaux, économiques et culturels, portant sur le droit à un niveau de vie suffisant] ou leurs bénéficiaires et dépourvus de sanction [en note : alinéas 5 et 10 du Préambule de la Constitution de 1946, consacrant le droit d'obtenir un emploi et "la Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement"] [...] Les faux droits (les droits-créances) menacent de chasser les vrais droits de l'homme en restreignant leur domaine* ».

⁵⁰⁶ CE Ass. 5 mars 1999, *Rouquette et autres*, Rec. p. 37 ; R.F.D.A., p. 357, concl. C. MAUGÜÉ, p. 372, obs. D. DE BÉCHILLON et P. TERNEYRE ; A.J.D.A., p. 420, chron. F. RAYNAUD et P. FOMBEUR ; R.D.P., p. 1223, note J.-P. CAMBY ; D.A., mai 1999, comm. n°138, p. 23, note C.M. ; L.P.A., n°217, 1^{er} novembre 1999, p. 13, note J.-L. MATT.

⁵⁰⁷ MAUGÜÉ C., concl. sur CE Ass. 5 mars 1999, *Rouquette et autres*, R.F.D.A., 1999, p. 357 à 371, p. 359.

reconnu un effet direct »⁵⁰⁸. Les conclusions se poursuivent par l'identification de l'absence d'applicabilité directe des stipulations invoquées⁵⁰⁹, principalement déduite de leur formulation : la « rédaction [de l'article 9 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels] paraît poser une règle qui a les particuliers pour destinataires, mais d'une part une telle stipulation est très générale et extrêmement vague – il est impossible de donner un contenu précis à la notion de Sécurité sociale –, d'autre part cette règle n'est pas susceptible d'être appliquée à des cas individuels sans l'intervention de mesures internes de caractère normatif. Qui plus est, cet article doit être lu à la lumière de l'article 2 paragraphe 1 qui, nous l'avons vu, se borne à fixer une obligation de résultat très floue dans son contenu et dont la mise en œuvre suppose l'adoption de moyens appropriés, y compris de nature législative »⁵¹⁰.

2. Les applications de la distinction

Il est intéressant de comparer certains exemples de reconnaissance (2) ou de refus de l'applicabilité directe des dispositions du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, pour illustrer la pratique de la distinction par le juge administratif.

a. L'absence d'applicabilité directe des alinéas du Préambule de la Constitution de 1946 consacrant des droits-créances

Le commissaire du Gouvernement Jacques-Henri STAHL rappelle à l'Assemblée du contentieux, dans ces conclusions sur l'affaire *Ministre des Affaires sociales, du Travail et de la Solidarité c. Syndicat national des huissiers de justice*⁵¹¹ : « vous avez certes jugé que certains alinéas du Préambule de 1946 ne pouvaient, par eux-mêmes et en l'absence de dispositions législatives, produire directement des effets de droit, comme par

⁵⁰⁸ MAUGÜÉ C., concl. sur CE Ass. 5 mars 1999, *Rouquette et autres*, précitées, p. 360.

⁵⁰⁹ Il s'agit en l'espèce des articles 2, 9 et 10 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels.

⁵¹⁰ MAUGÜÉ C., concl. sur CE Ass. 5 mars 1999, *Rouquette et autres*, précitées, p. 360.

⁵¹¹ CE Ass. 16 décembre 2005, *Ministre des Affaires sociales, du Travail et de la Solidarité et Syndicat national des huissiers de justice*, Rec. p. 570 concl. J.-H. STAHL ; R.F.D.A., 2006, p. 41, concl. ; R.J.E.P., 2006, n° 629, p. 128, concl. ; A.J.D.A., 2006, p. 357, chron. C. LANDAIS et F. LENICA ; L.P.A., n° 82, 25 avril 2006, p. 10, note A. CLAEYS ; D.A., avril 2006, comm. n° 6, p. 29, note O. GUILLAUMONT.

exemple l'alinéa sur les calamités nationales dont vous avez considéré qu'il ne pouvait recevoir application sans qu'une disposition législative précise en assure l'application (...). Mais une telle solution ne peut se comprendre que dans le cadre de l'office du juge administratif et pour ce que l'on appelle parfois, au sein du Préambule, des droits créances. Elle ne peut en revanche se justifier pour des règles constitutionnelles garantissant, de façon nette, l'exercice d'une liberté ; vous ne l'avez d'ailleurs pas retenue, en dépit de la lettre du Préambule, pour le droit de grève »⁵¹². Le lien entre l'invocabilité d'une norme et l'office du juge, tant en termes d'ampleur que de nature, peut être analysé à la lumière des principaux contentieux existant en droit public français.

Comme le démontre Patrick WACHSMANN⁵¹³, le refus de qualification des droits à prestation de liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative est fondé sur leur inadaptation à la procédure du référé-liberté, à l'incompatibilité de leur structure juridique à son économie : *« l'incompatibilité n'affecte pas les droits sociaux dans leur totalité. Elle n'est guère opposée à ceux de ces droits dont la structure rejoint celle des droits et libertés classiques, soit aux droits supposant une abstention des autorités publiques. (...) Ce qui, en revanche, pose problème, c'est l'admission à la qualité de libertés fondamentales des droits à prestation, quels que soient d'ailleurs les termes de la disposition les consacrant »⁵¹⁴. Ce constat est notamment illustré par le refus de déduire des dispositions de l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946 l'existence d'un « droit à la santé »⁵¹⁵, par le refus de qualifier de liberté fondamentale, au sens de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative, « l'accès à une formation de troisième cycle de l'enseignement supérieur »⁵¹⁶, « le droit de bénéficier d'un congé de formation-mobilité »⁵¹⁷, « le droit de pratiquer un sport et de participer à des compétitions*

⁵¹² STAHL J.-H., concl. sur CE Ass. 16 décembre 2005, *Ministre des Affaires sociales, du Travail et de la Solidarité c. Syndicat national des huissiers de justice*, R.F.D.A., 2006, p. 41 à 47, p. 43.

⁵¹³ WACHSMANN P., *L'atteinte grave à une liberté fondamentale*, R.F.D.A., 2007, p. 58.

⁵¹⁴ WACHSMANN P., *L'atteinte grave à une liberté fondamentale*, R.F.D.A., 2007, p. 58 à 63, spé. p. 59-60.

⁵¹⁵ CE, ord. réf., 8 septembre 2005, *Garde des Sceaux, ministre de la Justice c. Bunel*, n° 284803, Rec. p. 388 ; L.P.A., n° 228, 16 novembre 2005, p. 6, note C. CLÉMENT ; A.J.D.A., 2006, p. 376, note M. LAUDIGEOIS ; D., 2006, n° 2, Jur., p. 124, Note X. BIOY.

⁵¹⁶ CE, ord. réf., 24 janvier 2001, *Université Paris VIII Vincennes Saint-Denis*, n° 229501, Rec. p. 37.

⁵¹⁷ CE, ord. réf., 28 mai 2001, *Raut*, n° 230888, Rec., Tables, p. 1011, et p. 1126.

sportives »⁵¹⁸, ou « la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent »⁵¹⁹. L'ensemble est complété par le refus de l'invocabilité du principe d'égalité, « *distinct des libertés fondamentales dont la protection relève de la procédure instituée par l'article L. 521-2 du code de justice administrative* »⁵²⁰. En revanche, la Haute juridiction a récemment qualifié « *l'égal accès à l'instruction* » de liberté fondamentale, mais il est nécessaire de constater que ce droit est mis en œuvre par certaines dispositions du Code de l'éducation⁵²¹. Le constat de l'incompatibilité structurelle des normes posant des droits-créances à la procédure du référé-liberté mène à celui du caractère restrictif du raisonnement du juge administratif dans l'opération de qualification, qui s'explique certainement par la crainte, déjà révélée dans d'autres types de contentieux, d'un engorgement du prétoire⁵²². Toutefois, une tendance très récente à

⁵¹⁸ CE, ord. réf., 22 octobre 2001, *Caillat, Maleczki et Smajlagic et association « Livry-Gargan Handball »*, n° 239194, Rec. p. 479 ; D., 2002, n° 35, Somm., p. 2709, obs. J.-F. LACHAUME.

⁵¹⁹ CE, ord. réf., 3 mai 2002, *Association de réinsertion sociale du Limousin et autres*, n° 245697, Rec. p. 168 ; R.F.D.A., p. 856 ; A.J.D.A., p. 818, note E. DESCHAMPS ; L.P.A., n° 178, 5 sept. 2002, p. 4, note P. JAN. CE, ord. réf., 23 mars 2009, *Ministre de l'immigration, de l'intégration, de l'identité nationale et du développement solidaire c. M. Gaghiev et Mme Gaghieva*, n° 325884, Rec., Tables, p. 789 ; A.J.D.A., p. 679, note Z. AÏT-EL-KADI.

⁵²⁰ CE, ord. réf., 14 mars 2005, *Gollnisch*, n° 278435, Rec. p. 103 ; A.J.D.A., p. 1633, note L. BURGORGUE-LARSEN.

⁵²¹ CE, ord. réf., 15 décembre 2010, *Ministre de l'éducation nationale, de la recherche et de la vie associative c. M. et Mme Peyrilhé*, Rec. p. 500 ; J.C.P., A., 2011, 2066, note A. LEGRAND ; D.A., n°2, février 2011, 21, note P. RAIMBAULT : « *L'égal accès à l'instruction est garanti par le treizième alinéa du préambule de la Constitution de 1946, auquel se réfère celui de la Constitution de 1958 ; que ce droit, confirmé par l'article 2 du premier protocole additionnel à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, est en outre rappelé à l'article L. 111-1 du code de l'éducation, qui énonce que le droit à l'éducation est garanti à chacun et, s'agissant des enfants présentant un handicap ou un trouble de la santé invalidant, à l'article L. 112-1 du même code, selon lequel le service public de l'éducation leur assure une formation scolaire adaptée ; que l'exigence constitutionnelle d'égal accès à l'instruction est mise en œuvre par les dispositions de l'article L. 131-1 de ce code, aux termes desquelles : L'instruction est obligatoire pour les enfants des deux sexes, français et étrangers, entre six et seize ans , ainsi que par celles de l'article L. 113-1 qui prévoient, si la famille en fait la demande, l'accueil des enfants, dès l'âge de trois ans, dans une école maternelle ou une classe enfantine le plus près possible de son domicile, l'article L. 112-1 précisant en outre que la formation scolaire adaptée qu'il prévoit pour les enfants handicapés est entreprise avant l'âge de la scolarité obligatoire, si la famille en fait la demande ; considérant que la privation pour un enfant, notamment s'il souffre d'un handicap, de toute possibilité de bénéficier d'une scolarisation ou d'une formation scolaire adaptée, selon les modalités que le législateur a définies afin d'assurer le respect de l'exigence constitutionnelle d'égal accès à l'instruction, est susceptible de constituer une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale, au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, pouvant justifier l'intervention du juge des référés sur le fondement de cet article, sous réserve qu'une urgence particulière rende nécessaire l'intervention d'une mesure de sauvegarde dans les quarante-huit heures ; qu'en outre, le caractère grave et manifestement illégal d'une telle atteinte s'apprécie en tenant compte, d'une part de l'âge de l'enfant, d'autre part des diligences accomplies par l'autorité administrative compétente, au regard des moyens dont elle dispose ».*

⁵²² Comme le constate Patrick WACHSMANN, *op. cit.*, spé. p. 59 à 61.

l'admission de l'invocabilité de certains « droits-créances » , de manière assez indirecte, en passant notamment par les conséquences de ces droits, semble en germe⁵²³. Dans le cadre d'une ordonnance de référé rendue le 10 février 2012, le Conseil d'État juge qu'une carence caractérisée des autorités de l'État dans la mise en œuvre du droit à l'hébergement d'urgence est constitutive d'une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale lorsqu'elle entraîne des conséquences graves pour la personne intéressée⁵²⁴.

À cet égard, il est particulièrement intéressant de comparer la position du juge du référé-liberté de celle du juge de la question prioritaire de constitutionnalité, amené à définir les « *droits et libertés que la Constitution garantit* ». Dans le cadre de cette dernière, le Conseil constitutionnel dispose d'un office réduit, par comparaison à celui fixé par l'article L. 521-2 du Code de justice administrative⁵²⁵. Dans un premier temps, le Conseil d'État rejette après examen le moyen fondé sur la violation de l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi⁵²⁶. Dans un second temps, suite à la décision *M. Alain C. et autres*⁵²⁷ du Conseil constitutionnel précisant les modalités d'invocabilité de cet objectif, le Conseil d'État applique la jurisprudence ainsi posée⁵²⁸. En dehors de cette hypothèse, il est intéressant de constater que le Conseil constitutionnel n'opère pas la distinction élaborée par le juge du référé-liberté, en acceptant de confronter les textes législatifs aux droits et libertés

⁵²³ BRETONNEAU A. et DOMINO X., *Chronique générale de jurisprudence administrative française, Dix ans d'urgences*, A.J.D.A., 2011, p. 1369 à 1375, spé. p. 1371-1372.

⁵²⁴ CE, ord. réf., 10 février 2012, *M. Karamoko Fofana*, n° 356456, à paraître aux Tables du Recueil Lebon ; A.J.D.A., p. 716, note A. DURANTHON.

⁵²⁵ « *Le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale* ».

⁵²⁶ CE 25 juin 2010, *Mortagne*, Rec. p. 217 : « *toutefois, au regard de l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, tel qu'interprété à plusieurs reprises par le Conseil constitutionnel, les dispositions de l'article 92 J du code général des impôts et leur combinaison avec celles de l'article 163 du même code, qui ont été interprétées par la décision du Conseil d'État statuant au contentieux du 14 novembre 2003 (n° 224285), ne présentent aucune difficulté particulière d'interprétation, qui, eu égard notamment à leur ambiguïté et à leur caractère contradictoire ou incompréhensible, serait source d'insécurité juridique ; que, par suite et en tout état de cause, elles ne méconnaissent pas l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi* ».

⁵²⁷ CC n° 2010-4/17 QPC, 22 juillet 2010, *M. Alain C. et autres*, Rec. p. 156, considérant 9, p. 158.

⁵²⁸ CE 26 novembre 2010, *M. Cachard*, Rec., Tables, p. 952 : « *la méconnaissance de l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi ne peut, en elle-même, être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution* ».

garantis par le Préambule déclarés non directement applicables par le juge administratif. Tel a été notamment le cas pour les cinquième⁵²⁹, dixième⁵³⁰ et onzième⁵³¹ alinéas du Préambule de la Constitution de 1946.

En outre, une démarche de distinction similaire à celle du juge du référé-liberté peut s'observer à la lecture de la jurisprudence en matière d'action en responsabilité de l'État, fondée sur une norme non directement applicable dont la structure juridique révèle un droit à prestation. L'alinéa 12 du Préambule de la Constitution de 1946, qui dispose que « *la Nation proclame la solidarité et l'égalité de tous les Français devant les charges qui résultent des calamités nationales* », pose une règle qui ne peut servir de fondement à une action en responsabilité en l'absence d'*interpositio legislatoris* : « *le principe ainsi posé, en l'absence de disposition législative précise en assurant l'application ne saurait servir de base à une action contentieuse en indemnité* »⁵³².

b. L'applicabilité directe de l'alinéa 7 du Préambule de la Constitution de 1946

Le sens donné à l'alinéa 7 du Préambule de la Constitution de 1946, disposant que « *le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent* », est double. D'une part, l'énoncé consacre l'existence du droit de grève, d'autre part, il présente essentiellement la nature d'une norme de compétence, en ce qu'il implique que le législateur est seul compétent pour fixer des limites à l'exercice de ce droit. Dès 1950, l'alinéa 7 est considéré comme une norme directement applicable par le juge administratif, malgré une teneur souvent perçue comme équivoque. Plus encore, en cas de carence du législateur, le juge reconnaît au pouvoir réglementaire la

⁵²⁹ CC n° 2010-98 QPC, 4 février 2011, *M. Jacques N.*, J.O.R.F. du 5 février 2011, p. 2355.

⁵³⁰ CC n° 2010-92 QPC, 28 janvier 2011, *Mme. Corinne C. et autre*, J.O.R.F. du 29 janvier 2011, p. 1894, considérant 8.

⁵³¹ CC n° 2010-71 QPC, 26 novembre 2010, *Melle Danièle S.*, Rec. p. 343.

⁵³² CE 10 décembre 1962, *Société indochinoise des constructions électriques et mécaniques*, Rec. p. 676; et CE 29 novembre 1968, *Tallagrand*, Rec. p. 607.

compétence de se substituer au législateur⁵³³, comme l'indique le célèbre arrêt *Dehaene*⁵³⁴, dont le principe a récemment été repris dans l'affaire *Onesto et autres*⁵³⁵.

Dans l'affaire *Dehaene*⁵³⁶, la Haute Assemblée constate la carence du législateur en affirmant que « les lois des 27 décembre 1947 et 28 septembre 1948 (...) ne sauraient être regardées, à elles seules, comme constituant, en ce qui concerne les services publics, la réglementation du droit de grève annoncée par la Constitution ». Elle en déduit ensuite « qu'en l'absence de cette réglementation, la reconnaissance du droit de grève ne saurait avoir pour conséquence d'exclure les limitations qui doivent être apportées à ce droit, comme à tout autre, en vue d'en éviter un usage abusif ou contraire aux nécessités de l'ordre public ; qu'en l'état actuel de la législation il appartient au gouvernement, responsable du bon fonctionnement des services publics, de fixer lui-même, sous le contrôle du juge, en ce qui

⁵³³ Il est utile de préciser que la Constitution prévoit en ses articles 47 et 47-1 deux hypothèses dans lesquelles le Gouvernement peut se substituer au législateur défaillant ; concernant la mise en œuvre des projets de loi de finances et de loi de financement de la sécurité sociale.

⁵³⁴ CE Ass. 7 juillet 1950, *Dehaene*, Rec. p. 426 ; R.D.P., p. 691, concl. F. GAZIER, note M. WALINE ; J.C.P., G., II, 5681, concl. ; R.A., p. 366, concl., note G. LIET-VEAUX ; Dr. Soc., p. 317, concl. ; S., III., p. 109, note J.D.V. ; D., p. 538, note M. A. GERVAIS ; G.A.J.A. n° 62 ; et, plus récemment, CE 30 novembre 1998, *Mme Rosenblatt et autres*, Rec., Tables, p. 987 ; CE 11 juin 2010, *Syndicat SUD R.A.T.P.*, Rec., Tables, p. 606, p. 798, p. 819, et p. 1003 ; A.J.D.A., p. 1719, concl. F. LENICA ; R.J.E.P., n° 681, décembre 2010, p. 23, concl. ; Dr. soc., p. 1099, note F. DUQUESNE.

⁵³⁵ CE 8 mars 2006, *Onesto et autres*, Rec. p. 113 ; A.J.F.P., p. 206, concl. R. KELLER ; R.F.D.A., p. 1236, concl. ; J.C.P., G., I, 150, chron. B. PLESSIX ; C.J.E.G., n° 633, p. 307, note H. CASSAGNABÈRE ; D.A., juin 2006, comm. n° 98, p. 29, note M. LOMBARD : « en indiquant, dans le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 auquel se réfère le préambule de la Constitution du 4 octobre 1958, que le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent, l'assemblée constituante a entendu inviter le législateur à opérer la conciliation nécessaire entre la défense des intérêts professionnels dont la grève constitue l'une des modalités et la sauvegarde de l'intérêt général, auquel elle peut être de nature à porter atteinte ; qu'en l'absence de la réglementation ainsi annoncée par la Constitution, la reconnaissance du droit de grève ne saurait avoir pour conséquence d'exclure les limitations qui doivent être apportées à ce droit, comme à tout autre, en vue d'en éviter un usage abusif ou contraire aux nécessités de l'ordre public ; considérant que si, en l'état de la législation, il appartient au Gouvernement, responsable du bon fonctionnement des services publics, de fixer lui-même, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, la nature et l'étendue de ces limites pour les services placés sous son autorité, seuls les organes dirigeants d'un établissement public, agissant en vertu des pouvoirs généraux d'organisation des services placés sous leur autorité, sont, sauf dispositions contraires, compétents pour déterminer ces limitations pour les services publics dont ils sont chargés ».

⁵³⁶ CE Ass. 7 juillet 1950, *Dehaene*, précité.

concerne ces services, la nature et l'étendue desdites limitations »⁵³⁷. Cette célèbre jurisprudence admet que le Gouvernement peut prendre les mesures normatives nécessaires à la mise en œuvre d'un droit constitutionnellement garanti, suppléant ainsi la carence du législateur. La priorité est certainement la concrétisation de l'alinéa 7 du Préambule de la Constitution de 1946 (en l'espèce, par la fixation de limites au droit de grève), dans la mesure où la Haute juridiction a désiré protéger l'intérêt général, tout en refusant de maintenir intégralement la jurisprudence condamnant toute grève dans les services publics⁵³⁸.

Cette position médiane, entre la reconnaissance du bénéfice d'un droit de grève sans limites à tous et la conclusion à l'inapplicabilité de l'alinéa 7 du Préambule de 1946 tant que le législateur n'est pas intervenu, est expressément justifiée par des considérations extra-juridiques, malgré les références aux travaux préparatoires du Préambule ou à quelques lois éparses régissant le droit de grève. Le respect de ces priorités exige une mise en œuvre, mais doit être concilié avec la souveraineté du pouvoir législatif, ce que traduit et permet la solution adoptée par le Conseil d'État. La lettre de l'arrêt ne permet pas de conclure à une obligation pesant sur le pouvoir réglementaire, mais à une faculté d'intervenir, alors même que l'alinéa 7 du Préambule de la Constitution de 1946 peut être considéré comme « *une*

⁵³⁷ Cette démarche est régulièrement réaffirmée, notamment dans CE Sect. 17 mars 1997, *Fédération nationale des syndicats du personnel des industries de l'énergie électrique, nucléaire et gazière*, Rec. p. 89 ; C.J.E.G., n° 534, p. 264, concl. J.-D. COMBEXELLE, p. 274, note J.-P. PAPIN ; Dr. Soc., n° 5, p. 534, obs. J.-E. RAY ; A.J.D.A., p. 534, note M. BELLANGER et G. DARCY ; et, CE 27 février 1998, *Syndicat national des personnels de l'Éducation surveillée – Protection judiciaire de la jeunesse*, n° 171055, inédit au Recueil Lebon. La comparaison avec la jurisprudence constitutionnelle, affirmant qu'« *il appartient au législateur (...) de définir les conditions d'exercice du droit de grève et du droit syndical et, ainsi, de tracer avec précision la limite séparant les actes et comportements licites des actes et comportements fautifs* » est, à ce titre, intéressante : CC n° 82-144 DC, 22 octobre 1982, *Loi relative au développement des institutions représentatives du personnel*, Rec. p. 61, considérant 9, p. 62. La reprise la plus récente est celle de l'arrêt CE 8 mars 2006, *Onesto et autres*, précité.

⁵³⁸ Comme le relève Marcel WALINE dans sa note sous cet arrêt, R.D.P., 1950, p. 691 à 702, spé. p. 700-701. Cf. CE 7 août 1909, *Winkell*, Rec. p. 826, concl. J. TARDIEU ; S., III., 1945, concl., note M. HAURIOU ; R.D.P., p. 494, note G. JÈZE.

loi de compétence, réservant exclusivement au législateur la compétence dans un domaine déterminé, disposition qui peut s'appliquer directement et immédiatement »⁵³⁹.

Or, certaines normes non directement applicables comportent des énoncés qui se bornent à établir et délimiter une compétence de manière similaire à l'alinéa 7 du Préambule de la Constitution de 1946. Le raisonnement développé par le juge dans les affaires *Dehaene*⁵⁴⁰ et *Onesto et autres*⁵⁴¹ semble *a priori* leur être transposable, *mutatis mutandis*, mais ne l'est manifestement pas. Telles ne sont ainsi pas les conséquences données aux dispositions de l'article 7 de la Charte de l'environnement de 2004, aux termes desquelles « *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* ». La nature de ces deux normes est identique et les degrés de précision de ces deux énoncés sont similaires, mais Conseil d'État estime pourtant que « *lorsque des dispositions législatives ont été prises pour assurer la mise en œuvre des principes énoncés à l'article 7 de la Charte de l'environnement, la légalité des décisions administratives s'apprécie par rapport à ces dispositions, sous réserve, s'agissant de dispositions législatives antérieures à l'entrée en vigueur de la Charte de l'environnement, qu'elles ne soient pas incompatibles avec les exigences qui découlent de cette charte ; qu'ainsi, le moyen tiré de la méconnaissance de l'article 7 de la Charte de l'environnement doit être apprécié au regard des dispositions du code de l'environnement qui imposent à la commission nationale du débat public de veiller au respect de l'information du public et qui soumettent l'autorisation litigieuse à une procédure d'enquête publique* »⁵⁴². En revanche, l'alinéa 3 du

⁵³⁹ WALINE M., note précitée, p. 699. Commentant la décision CC n° 79-105 DC, 25 juillet 1979, *Loi modifiant les dispositions de la loi n° 74-796 du 7 août 1974 relative à la continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée du travail*, Louis FAVOREU précise que « "Réglementer" l'exercice du droit de grève c'est en réalité mettre en œuvre ce droit en fixant ses conditions d'application et ses limites (...). Mais "Réglementer" l'exercice du droit de grève cela ne veut pas dire (...) poser toutes les règles. Car conformément à la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État, il y a toujours de la place, quelle que soit la matière pour une intervention du pouvoir réglementaire qui met en œuvre les règles posées par le pouvoir législatif », in *Chronique constitutionnelle française*, R.D.P., 1979, p. 1705 à 1713, p. 1710-1711.

⁵⁴⁰ CE Ass. 7 juillet 1950, *Dehaene*, précité.

⁵⁴¹ CE 8 mars 2006, *Onesto et autres*, précité.

⁵⁴² CE 23 avril 2009, *Association France nature environnement, Association Greenpeace France, Réseau Sortir du nucléaire et Comité de réflexion, d'information et de lutte anti-nucléaire*, n° 306242, inédit au Recueil Lebon.

Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, affirmant que « *la loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme* » se voit reconnaître une invocabilité directe par la Haute juridiction⁵⁴³.

Les explications de cette position jurisprudentielle sont à chercher dans la conception du juge des énoncés étudiés et de ses conséquences. En effet, le droit de grève est un droit impliquant une obligation négative de la part de l'État. Son respect, comme celui des autres libertés classiques, exige essentiellement l'abstention des pouvoirs publics et non une prestation⁵⁴⁴. Au contraire, les énoncés des alinéas 4, 8, 10, 11, 12 et 13⁵⁴⁵ du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, ou des articles 6 et 7 de la Charte de l'environnement, à l'instar des stipulations internationales jugées non directement applicables par le jeu du critère objectif, révèlent des obligations dont la structure positive exige une prestation de l'État.

B - Une distinction contestable

Bien que classique et très largement répandue, la distinction des énoncés dont la structure implique une obligation négative de ceux prescrivant une

⁵⁴³ « *En vertu du principe qu'a posé le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 auquel se réfère le préambule de la Constitution du 4 octobre 1958 et selon lequel "la loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme", les femmes ont vocation à occuper tous les emplois publics dans les mêmes conditions que les hommes, aucune distinction ne pouvant être introduite entre les personnels de l'un et l'autre sexe dans les conditions d'exercice des fonctions correspondant à ces emplois, hormis celles qui seraient justifiées par les conditions particulières dans lesquelles sont accomplies certaines missions ou par la nécessité de la protection de la femme ou de la promotion de l'égalité des chances entre les hommes et les femmes* », CE 26 juin 1989, *Fédération des syndicats généraux de l'éducation nationale et de la recherche (S.G.E.N.-C.F.D.T.)*, Rec. p. 152 ; A.J.D.A., p. 726, obs. X. PRÉTOT ; R.A., p. 424, note P. TERNEYRE ; R.F.D.A., 1990, p. 39, concl. M. LAROQUE. Voir également CE, 7 décembre 1990, *Ministre de l'éducation nationale c. Mme Buret*, Rec., Tables, p. 556, p. 806, et p. 823 ; A.J.D.A., 1991, p. 405, obs. S. SALON ; et CE 11 mai 1998, *Melle Aldige*, Rec., Tables, p. 708, p. 749 et p. 974 ; D.A., comm. n° 246 ; R.F.D.A., p. 1011, concl. H. SAVOIE.

⁵⁴⁴ TERNEYRE P., *La Constitution devant le progrès économique et social*, L.P.A., n° 155, 1991, p. 4 à 41, p. 11 ; FOULQUIER N., *Les droits publics subjectifs des administrés : émergence d'un concept en droit administratif français du XIX^e au XX^e siècle*, Paris, Dalloz, Nouvelle bibliothèque des thèses, volume 25, 2003, p. 558-559.

⁵⁴⁵ CE 14 décembre 1981, *Traversac et autres*, nos 22665, 25503 et 25504, inédit au Recueil Lebon ; D., 1986, *Jurispr.*, p. 112, note J.-L. AUTIN : « *aucune disposition de cette nature n'a été prise pour appliquer la règle de la gratuité à ces établissements ; (...) que, dès lors les requérants ne sont pas fondés à soutenir que les dispositions sur la base desquelles le directeur de l'office universitaire et culturel français pour l'Algérie leur a réclamé les droits de scolarité dont il s'agit seraient contraires à la loi, à la Constitution ou à un principe général du droit* ».

obligation positive, de prestation ou de moyens, fait l'objet de plus en plus de critiques. L'argumentation juridique à l'origine de cette distinction emporte de moins en moins la conviction, tant celle-ci se montre peu opératoire (1) et emporte des conséquences contentieuses critiquables (2).

1. Une distinction peu opératoire

En réalité, cette distinction ancienne constitue déjà une évolution favorable à la justiciabilité des principes particulièrement nécessaires à notre temps⁵⁴⁶. Cependant, ce mécanisme contentieux n'est pas propre aux normes de valeur constitutionnelle, comme le constate Norbert FOULQUIER : « *l'apparition de la notion d'effet direct était aussi partie prenante de la volonté du Conseil d'État de limiter les effets de la portée de la Constitution du 27 octobre 1946, aussi bien en ce qui concernait les normes de droit international que celles du Préambule de la Constitution. Dans les deux cas, il s'agissait de contenir toute hypertrophie du corpus juridique et de limiter la recevabilité des actions et la multiplication des droits subjectifs des administrés. La logique était la même que l'effet direct fût exigé pour les traités internationaux ou qu'il le fût pour les principes particulièrement nécessaires à notre temps. Dans ces nouvelles sources juridiques, le Conseil voyait surtout un risque de dépossession de sa tutelle sur l'ordre normatif administratif et de multiplication des créances des particuliers à l'encontre de l'État et des autres collectivités publiques* »⁵⁴⁷.

À ces motivations de pure opportunité s'ajoutent la difficulté inhérente à la sanction juridique des obligations de moyens, la circonstance que ces normes impliquent le plus souvent une production normative qui correspond à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, et l'impossibilité de l'exercice concret des droits-créances tant que certaines institutions et moyens ne sont pas mis en place. Plus encore, l'introduction et le développement des droits économiques, sociaux et culturels en droit international s'accompagnent de l'émergence du concept de

⁵⁴⁶ Comme le démontrent en particulier Michel CLAPIÉ, *Le Conseil d'État et le Préambule de la Constitution de 1946*, Journée d'étude du C.E.R.C.O.P. du 12 avril 1996, Université de Montpellier I - faculté de Droit, R.A., 1997, p. 278 ; Philippe TERNEYRE, *op. cit.* ; et Norbert FOULQUIER, *op. cit.*, spé. p. 558 à 561.

⁵⁴⁷ FOULQUIER N., *op. cit.*, p. 560.

réalisation progressive, confortant, en apparence, la position du juge administratif. La réalisation progressive, consacrée par l'article 2-1 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels⁵⁴⁸, concerne précisément ce type de droits et permet aux États de remplir leurs obligations en la matière à la mesure de leurs ressources. Les États dont les ressources sont les plus limitées, qui désirent étaler dans le temps la réalisation des droits, doivent informer les organes de suivi compétents des raisons qui motivent ce choix, et doivent élaborer et mettre en œuvre un échéancier. Ce contraste supplémentaire avec l'immédiateté des obligations en matière de droits civils et politiques⁵⁴⁹ favorise encore la différenciation entre obligations positives et obligations négatives. Toutefois, ces obstacles sont loin d'être insurmontables, comme en témoignent, par exemple, les travaux du Comité européen des Droits sociaux et du Comité des droits économiques, sociaux et culturels⁵⁵⁰, qui prennent en considération le caractère raisonnable et approprié des mesures prises par les États⁵⁵¹ pour assurer « *la jouissance effective* »⁵⁵² des droits consacrés par le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, et par la Charte sociale européenne.

⁵⁴⁸ « Chacun des États parties au présent Pacte s'engage à agir, tant par son effort propre que par l'assistance et la coopération internationales, notamment sur les plans économique et technique, au maximum de ses ressources disponibles, en vue d'assurer progressivement le plein exercice des droits reconnus dans le présent Pacte par tous les moyens appropriés, y compris en particulier l'adoption de mesures législatives ».

⁵⁴⁹ Par exemple, l'article 2-1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques stipule que « les États parties au présent Pacte s'engagent à respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence les droits reconnus dans le présent Pacte, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation ». La comparaison entre cette formulation et celle de l'article 2-1 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels est souvent utilisée comme argument en faveur de la distinction entre droits-créances et droits-libertés.

⁵⁵⁰ Cf. *infra*, p. 287 et suivantes.

⁵⁵¹ Selon l'alinéa 4 de l'article 8 du Protocole facultatif au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux, et culturels, « lorsqu'il examine les communications qu'il reçoit en vertu du présent Protocole, le Comité détermine le caractère approprié des mesures prises par l'État Partie, conformément aux dispositions de la deuxième partie du Pacte. Ce faisant, il garde à l'esprit le fait que l'État Partie peut adopter un éventail de mesures pour mettre en œuvre les droits énoncés dans le Pacte ».

⁵⁵² Réclamation n° 31/2005, 18 octobre 2006, Centre européen des droits des Roms c. Bulgarie, décision sur le bien-fondé, point 35 : « la jouissance effective de certains droits fondamentaux suppose une intervention positive de l'État, qui doit prendre les mesures juridiques et pratiques qui s'avèrent nécessaires et qui répondent à l'objectif de protéger efficacement le droit en question. Les États disposent d'une marge d'appréciation pour déterminer ce qu'il y a lieu de faire afin d'assurer le respect de la Charte, en particulier pour ce qui concerne l'équilibre à ménager entre l'intérêt général et l'intérêt d'un groupe spécifique, ainsi que les choix à faire en termes de priorités de ressources ».

En outre, la distinction entre obligations négatives et obligations positives, liée à celle des libertés classiques des droits sociaux, n'est pas aisément opératoire, comme le démontre l'analyse des critères explicites utilisés par le juge administratif. L'appréciation du critère du degré de précision ou d'abstraction de l'énoncé de la norme, qui ne peut qu'être essentiellement subjective, ne peut raisonnablement permettre de conclure systématiquement à une imprécision constitutive de l'ensemble des droits-créances et à une précision suffisante de toutes les libertés classiques⁵⁵³. Les notions mêmes de liberté, d'égalité et de propriété ne sont en aucun cas exemptes de difficultés d'interprétation. Concrètement, les droits consacrés par les normes non directement applicables, telles que les articles 3-2 et 3-3 de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant⁵⁵⁴, ne sont ni plus ni moins précis, complets et clairs que beaucoup de droits et libertés directement applicables, tels que le droit de grève reconnu par l'alinéa 7 du Préambule de la Constitution de 1946⁵⁵⁵ ou le droit de mener une vie familiale normale⁵⁵⁶. Quant à la formulation même de la règle, il est intéressant de remarquer que la rédaction de l'article 1^{er} de la Convention E.D.H., selon lequel « *les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente Convention* », est identique à celle de nombreux articles du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (par exemple, des articles 9, 10, et 11⁵⁵⁷).

⁵⁵³ Comme le démontre, dans une autre optique, Thomas MEINDL, *La notion de droit fondamental dans les jurisprudences et doctrines constitutionnelles françaises et allemandes*, Paris, L.G.D.J., Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, 2003, spé. p. 167 à 187.

⁵⁵⁴ L'article 3-2 prévoit que « *les États parties s'engagent à assurer à l'enfant la protection et les soins nécessaires à son bien-être, compte tenu des droits et des devoirs de ses parents, de ses tuteurs ou des autres personnes légalement responsables de lui, et ils prennent à cette fin toutes les mesures législatives et administratives appropriées* ». L'article 3-3 énonce : « *les États parties veillent à ce que le fonctionnement des institutions, services et établissements qui ont la charge des enfants et assurent leur protection soit conforme aux normes fixées par les autorités compétentes, particulièrement dans le domaine de la sécurité et de la santé et en ce qui concerne le nombre et la compétence de leur personnel ainsi que l'existence d'un contrôle approprié* ».

⁵⁵⁵ CE Ass. 7 juillet 1950, *Dehaene*, précité.

⁵⁵⁶ CE Ass. 8 décembre 1978, *Groupement d'information des travailleurs immigrés (G.I.S.T.I.), Confédération française démocratique du travail (C.F.D.T.) et Confédération générale du travail (C.G.T.)*, Rec. p. 493, concl. P. DONDOUX ; Dr. Soc., 1979, p. 57, concl. ; A.J.D.A., 1979, p. 38, note O. DUTHEILLET DE LAMOTHE et Y. ROBINEAU ; Dr. ouvrier, 1979, p. 1, note M. BONNECHÈRE ; D., 1979, p. 661, note L. HAMON ; G.A.J.A. n° 87.

⁵⁵⁷ Invoqués dans l'affaire CE Ass. 11 avril 2012, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (G.I.S.T.I.) et Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement (F.A.P.I.L.)*, n° 322326, précité.

Enfin, les énoncés comportant des libertés classiques, tout comme ceux consacrant des droits-créances, impliquent en réalité une combinaison d'abstentions, d'actions et de prestations ; en d'autres termes, une triple obligation de respecter, de protéger et de réaliser⁵⁵⁸. Ces considérations théoriques formulées par une partie de la doctrine juridique⁵⁵⁹ sont renforcées par la doctrine institutionnelle internationale, soulignant le caractère artificiel de la distinction et de ses conséquences contentieuses : les institutions mises en place par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales⁵⁶⁰, les organes spécialisés de l'organisation des Nations Unies⁵⁶¹, et même la Cour interaméricaine des droits de l'homme reprennent ce mouvement. La position particulièrement tranchée du juge administratif contraste, non seulement, avec les jurisprudences du Conseil constitutionnel et, dans une moindre mesure, du juge judiciaire, mais encore avec certaines conceptions doctrinales développées depuis une vingtaine d'année. Une partie de la doctrine française, et de la doctrine internationale, partant des effets

⁵⁵⁸ À tel point que la notion même de droits-créances peut être entendue de plusieurs façons. Par exemple, Laurence GAY démontre que les droits-créances au sens strict comportent les dispositions du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 dont la concrétisation se traduit par l'aménagement d'un droit à prestation matérielle : *Les « droits-créances » constitutionnels*, Bruxelles, Bruylant, Collection de droit public comparé et européen, 2007, spé. p. 270 à 308.

⁵⁵⁹ Voir par exemple les travaux relatifs au projet de recherches *Droits des pauvres, pauvres droits ? Recherches sur la justiciabilité des droits sociaux*, mené sous la direction de Diane ROMAN à l'Université de Paris Ouest Nanterre La Défense, disponibles sur un site internet dédié : <http://www.droits-sociaux.u-paris10.fr/index.php?id=37>. Cf. également le discours de Jean-Paul COSTA prononcé à Bruxelles le 22 janvier 2009 lors du Colloque « Droit et solidarité », organisé à l'occasion de la rentrée solennelle du barreau de Bruxelles, *Exposé sur la Cour européenne des droits de l'homme et la protection des droits sociaux*, disponible sur le site internet de la Cour européenne des droits de l'homme : <http://www.echr.coe.int/ECHR/FR/Header/The+Court/The+President/Presidents+speeches/discoursduPresident2009.htm>.

⁵⁶⁰ Comme le démontrent la théorie des obligations positives développée par la Cour E.D.H. et certaines de ses interprétations de la Convention, telle que celle de l'arrêt CEDH 9 octobre 1979, *Airey c. Irlande*, Série A, n° 32, § 26 : « la Cour n'ignore pas que le développement des droits économiques et sociaux dépend beaucoup de la situation des États et notamment de leurs finances. D'un autre côté, la Convention doit se lire à la lumière des conditions de vie d'aujourd'hui (arrêt *Marckx* précité, p. 19, par. 41), et à l'intérieur de son champ d'application elle tend à une protection réelle et concrète de l'individu (paragraphe 24 ci-dessus). Or si elle énonce pour l'essentiel des droits civils et politiques, nombre d'entre eux ont des prolongements d'ordre économique ou social. Avec la Commission, la Cour n'estime donc pas devoir écarter telle ou telle interprétation pour le simple motif qu'à l'adopter on risquerait d'empiéter sur la sphère des droits économiques et sociaux ; nulle cloison étanche ne sépare celle-ci du domaine de la Convention ».

associés à la distinction entre liberté classique et droits sociaux, parvient à la conclusion du caractère artificiel du raisonnement⁵⁶². Les deux types de normes ont en réalité des propriétés juridiques similaires, dont le respect peut logiquement entraîner tant des abstentions que des actions ou des prestations incombant aux autorités publiques. Une distinction si manichéenne ne permet assurément pas d'embrasser la variété des combinaisons existantes, et s'avère peu fidèle à la réalité juridique.

2. Une distinction aux conséquences discutables

La distinction des énoncés dont la structure implique une obligation négative de ceux prescrivant une obligation positive de prestation ou de moyens emporte des conséquences importantes sur le contentieux. Seuls les premiers sont pleinement et directement invocables et donc susceptibles de bénéficier d'une justiciabilité maximale. Les termes mêmes des quelques décisions du juge administratif, enrichies des conclusions des rapporteurs publics exposant les raisons de l'absence d'invocabilité de telles règles, font référence à leur imprécision et à l'incompétence du juge pour en sanctionner la violation. Conformément à la théorie de la séparation des pouvoirs, le juge ne saurait se substituer à une autorité normative. L'empêchement est d'autant plus important que l'autorité normative exerce ses pouvoirs dans le cadre d'une compétence discrétionnaire. Cette démarche est, en

⁵⁶¹ Comme en témoigne l'adoption du Protocole facultatif relatif au Pacte international des droits économiques, sociaux et culturels le 10 décembre 2008 par l'Assemblée générale des Nations Unies, prévoyant des mécanismes de contrôles sur le modèle de ceux existant pour le Pacte international des droits civils et politiques. Ainsi, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels se voit habilité à recevoir et à examiner les communications des particuliers victimes d'une violation par un État partie d'un droit garanti par le Pacte.

⁵⁶² Par exemple, TRUJILLO A. J. et TRUJILLO PÉREZ I., *La polémique relative à la juridicité des droits sociaux*, in FERRAND J. et PETIT H. (dir.), *L'Odyssée des droits de l'Homme*, Tome I, *Fondations et naissances des droits de l'Homme*, Actes du colloque international de Grenoble, octobre 2001, Paris, L'Harmattan, 2003 ; GREWE C. et BENOÎT-ROHMER F. (dir.), *Les droits sociaux ou la démolition de quelques poncifs*, Strasbourg, P.U.S., 2003 ; ROMAN D., *Les droits sociaux, entre « injusticiabilité » et « conditionnalité » : éléments pour une comparaison*, R.I.D.C., 2009, p. 285 ; ou, plus anciennement, G. J. H. VAN HOOFF, *The legal nature of economic, social and cultural rights : a rebuttal of some traditional views*, in ALSTON P. et TOMASEVSKI K. (dir.), *The right to food*, Utrecht, S.I.M., Martinus NIJHOFF Publishers, 1984, p. 97 à 110.

général, largement partagée par le juge judiciaire⁵⁶³, qui a pourtant fait récemment preuve d'une conception beaucoup moins restrictive que le juge administratif sur ce point. Aussi, le juge pénal reconnaît-il l'applicabilité directe des articles 6 et 7 du Pacte international des droits économiques, sociaux et culturels du 19 décembre 1966, et, partant, leur invocabilité⁵⁶⁴ ; alors même que le Conseil d'État adopte la solution inverse⁵⁶⁵. Plus encore, dans une décision récente, la Chambre sociale de la Cour de cassation admet non seulement l'invocabilité des stipulations de ces articles, mais encore soulève d'office le moyen de l'inconventionnalité de certaines dispositions du Code de commerce local applicable dans les départements de la Moselle, du Bas-Rhin et du Haut-Rhin⁵⁶⁶. Cette invocabilité directe se fonde – explicitement dans la formulation de l'arrêt – sur la structure de l'article 6, alinéa 1, du Pacte qui garantit le droit au travail, en imposant principalement une obligation négative aux pouvoirs publics : « *les États parties au présent Pacte reconnaissent le droit au travail, qui comprend le droit qu'a toute personne d'obtenir la possibilité de gagner sa vie par un travail librement*

⁵⁶³ DESAULNAY O., *L'application de la Constitution par la Cour de cassation*, Paris, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2009, spé. p. 98 à 108. Ainsi, par exemple, les droits-créances constitutionnels consacrés par l'alinéa 5 du Préambule de la Constitution de 1946 et l'objectif de valeur constitutionnelle de « *la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent* » ne bénéficient pas de l'invocabilité directe devant le juge judiciaire.

⁵⁶⁴ Cass. crim. 15 octobre 1991, n°90-86.791, inédit au Bulletin criminel : « *sur le second moyen de cassation pris de la violation des articles 55 de la constitution de 1958, 23 de la Charte internationale des droits de l'homme, 5 et 6 du pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, L. 221-5 du Code du travail, 591 et 593 du Code de procédure pénale, défaut et contradiction de motifs, manque de base légale (...)* Attendu qu'il ne saurait être fait grief à la cour d'appel d'avoir écarté l'argumentation du prévenu concernant l'incompatibilité des prescriptions de l'article L. 221-5 du Code du travail imposant le repos dominical des salariés, et de celles des articles 6 et 7 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels ; que ces derniers textes, qui reprennent la teneur des articles 23 et 24 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, prévoient la reconnaissance du droit du travail, mais disposent aussi que toute personne doit pouvoir exercer ce droit dans des conditions assurant notamment le repos, les loisirs ainsi que la limitation de la durée du travail, et que l'article L. 221-5 précité n'est nullement contraire à ces dispositions ».

⁵⁶⁵ Pour l'article 6, voir CE 18 février 2002, *Mme Zheng*, n°237308, inédit au Recueil Lebon. Pour l'article 7, voir CE 2 octobre 2009, *Union syndicale Solidaires Isère*, Rec., Tables, p. 655, et p. 970.

choisi ou accepté, et prendront des mesures appropriées pour sauvegarder ce droit ». Telle n'est pas la conception du Conseil d'État qui ne reconnaît pas l'invocabilité de cet article, alignant sa position sur la solution adoptée pour l'alinéa 5 du Préambule de la Constitution, aux termes duquel « *chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi. Nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances* »⁵⁶⁷. Il est nécessaire de préciser, qu'au contraire, le Conseil constitutionnel reconnaît la pleine invocabilité de ces dispositions dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité⁵⁶⁸.

Paragraphe II : Une démarche confuse aux conséquences critiquables

De prime abord, la méthode fondée sur l'emploi des critères objectif et subjectif semble théoriquement fondée. Cependant, une analyse approfondie révèle une double limite à l'opération de détermination de l'applicabilité directe par l'emploi des critères. En premier lieu, cette démarche présente, *per se*, d'importantes insuffisances théoriques et pratiques (A). En second lieu, les conséquences de ce raisonnement s'avèrent critiquables (B).

⁵⁶⁶ Cass. soc. 16 décembre 2008, *Eichenlaub c. société Axa France vie-Axa France I.A.R.D., venant aux droits de la société l'U.A.P. France-Axa*, n° 05-40.876, Bull. civ. V, n° 251 : « *mais sur le moyen de pur droit, relevé d'office après avis donné aux parties : Vu l'article 6.1 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966, ensemble l'article 75, alinéa 3, du code du commerce local applicable dans les départements du Haut-Rhin, du Bas-Rhin et de la Moselle ; Attendu que le premier de ces textes, directement applicable en droit interne, qui garantit le droit qu'à toute personne d'obtenir la possibilité de gagner sa vie par un travail librement choisi ou accepté, s'oppose à ce qu'un salarié tenu au respect d'une obligation de non concurrence soit privé de toute contrepartie financière au motif qu'il a été licencié pour faute grave ; Attendu que pour débouter M. X. de sa demande relative à la contrepartie financière de la clause de non-concurrence prévue par l'article 74 du code du commerce local, l'arrêt énonce qu'en vertu de l'article 75, alinéa 3, de ce code, en cas de faute grave, le salarié ne peut prétendre à une indemnité de ce chef ; Qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé les textes susvisés* ».

⁵⁶⁷ CE 13 mars 2009, *Coppa*, n° 319916, inédit au Recueil Lebon : cet énoncé « *ne s'impose à l'administration, en l'absence de précision suffisante, que dans les conditions et les limites définies par les dispositions contenues dans les lois ou dans les conventions internationales incorporées au droit français* ».

⁵⁶⁸ CC n° 2011-119 QPC, 1^{er} avril 2011, *Mme Denise R. et autre*, (J.O.R.F. du 2 avril 2011, p. 5895 ; J.C.P., S., Act., 168) : « *en prévoyant un agrément pour exercer la profession d'assistant maternel ou d'assistant familial, le législateur a entendu garantir "la sécurité, la santé et l'épanouissement des mineurs et majeurs de moins de vingt et un ans" ; que, ce faisant, il a opéré une conciliation entre le droit d'obtenir un emploi et les exigences constitutionnelles des dixième et onzième alinéas du Préambule de 1946 ; qu'il n'a méconnu ni le principe d'égalité devant la loi ni le droit pour chacun d'obtenir un emploi* ».

A - Une démarche confuse

S'il semble solidement fondé en théorie, le recours au critère de « perfection » de la norme n'est, en réalité, pas toujours pertinent (1). Il en résulte notamment une pratique juridictionnelle difficilement compréhensible, menant à la confusion des critères objectif et subjectif d'applicabilité dans la détermination de l'effet direct des stipulations internationales (2).

1. Les insuffisances du critère de précision

Les impératifs du contentieux concret régissant l'affaire ne sont pas pris en compte par la conception théorique du critère objectif d'applicabilité et ne peuvent qu'entrer en compte dans la démarche du juge déterminant l'opérance des moyens soulevés. Au premier titre de ces contraintes figurent les règles propres à la procédure contentieuse utilisée par le requérant ; au second, le contexte juridique dans lequel la norme évolue. La conception de l'effet direct de la Cour de justice de l'Union européenne, partiellement reprise par le juge administratif⁵⁶⁹ et le Conseil constitutionnel⁵⁷⁰ en cas d'examen d'une directive européenne, peut, à cet égard, induire en erreur. La Cour de Luxembourg, maniant le critère objectif, affirme qu'en l'absence d'acte de transposition approprié, les dispositions claires, précises et

⁵⁶⁹ CE Ass. 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*, précité ; CE Sect. 10 avril 2008, *Conseil national des barreaux et autres et Conseil des barreaux européens*, précité ; et CE Ass. 30 octobre 2009, *Mme Perreux*, précité : la Haute juridiction se fonde sur le caractère précis et inconditionnel des dispositions d'une directive européenne. Dans ses conclusions sur l'affaire *Mme Perreux*, le Rapporteur public Mattias GUYOMAR précise que « l'appréciation du caractère précis et inconditionnel de la disposition en cause relève au premier chef de votre responsabilité. Nous vous invitons à retenir une acception stricte de cette qualité de la disposition invoquée qui nous semble souhaitable afin de préserver votre légitimité dans l'application directe d'une directive. C'est à cette condition en effet que sera évité le double risque d'un empiètement des institutions communautaires dans le domaine de compétence des autorités normatives nationales et d'une attitude usurpatrice du juge », *op. cit.*, p. 1138.

inconditionnelles d'une directive européenne sont d'effet direct. Il en va de même pour les accords conclus avec des États tiers : à l'occasion de l'analyse de l'article 9, paragraphe 3, de la convention d'Aarhus⁵⁷¹, la Cour de justice de l'Union européenne explique qu'« une stipulation d'un accord conclu par l'Union et ses États membres avec des États tiers doit être considérée comme étant d'effet direct lorsque, eu égard à ses termes ainsi qu'à l'objet et à la nature de cet accord, elle comporte une obligation claire et précise qui n'est subordonnée, dans son exécution ou dans ses effets, à l'intervention d'aucun acte ultérieur »⁵⁷². Partant, le résultat de la démarche de la Cour de justice est l'assimilation de l'applicabilité directe à une qualité qui réside dans l'énoncé de la règle elle-même et qui lui est intrinsèquement liée.

Il est possible de démontrer que cette méthode de détermination de l'effet à reconnaître à la règle juridique présente deux séries d'insuffisances théoriques. En premier lieu, le raisonnement consistant à déduire de l'énoncé de la norme sa capacité à produire un effet direct se conduit indépendamment d'autres éléments. La méthode rappelle la logique *ceteris paribus sic stantibus*, « toutes choses étant égales par ailleurs », utilisée notamment en philosophie du langage et en sciences

⁵⁷⁰ Dans le cas où la disposition de la directive est précise et inconditionnelle, le Conseil s'estime incompétent pour en contrôler la compatibilité de la loi de transposition à la Constitution dans le cadre de l'article 61 de la Constitution. Dans le cas contraire, le Conseil procède à son contrôle de compatibilité *a priori* : CC n° 2004-497 DC, 1^{er} juillet 2004, *Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle*, Rec. p. 107, considérants 19 et 20, p. 111-112. Il en va de même dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité, (C n° 2010-79 QPC, 17 décembre 2010, *M. Kamel D.*, Rec. p. 406, considérant 3, p. 407), sous réserve de la solution dégagée par CC n° 2010-605 DC, 12 mai 2010, *Loi relative à l'ouverture de la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*, Rec. p. 78, considérant 19, p. 83 : « le respect de 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 question prioritaire de constitutionnalité ».

⁵⁷¹ « En outre, et sans préjudice des procédures de recours visées aux paragraphes 1 et 2 ci-dessus, 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 ».

⁵⁷² CJUE 8 mars 2011, *Lesoochranárske zoskupenie V.L.K.*, C-240/09, à paraître au Recueil, point 44. Voir également, pour d'autres exemples récents CJCE 27 septembre 2001, *The Queen c. Secretary of State for the Home Department*, ex parte : *Wieslaw Gloszczuk et Elzbieta Gloszczuk*, C-63/99, Rec., I, p. 6369, point 30 p. 6407 ; CJCE 8 mai 2003, *Wählergruppe « Gemeinsam Zajedno/Birlikte Alternative und Grüne GewerkschafterInnen/UG » e.a.*, C-171/01, Rec., I, p. 4301, point 54 p. 4341 ; CJCE 12 avril 2005, *Igor Simutenkov c. Ministerio de Educación y Cultura et Real Federación Española de Fútbol*, C-265/03, Rec., I, p. 2579, point 21 p. 2604-2605 ; CJCE 13 décembre 2007, *Asda Stores Ltd. c. Commissioners of Her Majesty's Revenue and Customs*, C-372/06, Rec., I, p. 11223, point 82 p. 11264.

économiques⁵⁷³. En d'autres termes, la démarche conduit à affirmer que la norme insuffisamment précise est dépourvue d'applicabilité directe et est impossible à invoquer, en-dehors de toute autre considération et quelles que soient les circonstances : l'applicabilité directe se résume à une qualité intrinsèque de la règle juridique « complète » ou « parfaite ». Il est raisonnable de penser que le mode est inadapté à la question de la détermination du caractère directement applicable d'une norme, duquel est déduite son invocabilité. En second lieu, cette démarche déductive implique nécessairement de partir du postulat selon lequel la formulation de la norme est matériellement parfaite, autosuffisante, exhaustive. « *Faire découler l'inapplicabilité d'une norme de son incomplétude, de son imprécision, suppose que certaines normes aient un sens suffisamment précis pour qu'il n'y ait qu'à mécaniquement les appliquer alors que d'autres nous priveraient de l'accès au sens qui leur est propre et, partant, de cette possibilité d'une application mécanique, qui serait la seule véritable. Or, appliquer la norme c'est toujours, quel que soit le degré de précision ou la clarté de cette dernière, lui donner un sens qui n'est jamais a priori prédéterminé, attendant que quelqu'un le saisisse tel quel* »⁵⁷⁴.

Plus encore, la mise en œuvre du critère objectif se fonde, en théorie, sur l'analyse des termes du texte examiné. Le critère objectif d'applicabilité est simple et fonctionne selon une idée de seuil de précision du texte qui doit permettre de déduire le caractère applicable ou non-applicable de la norme : soit la règle présente les caractéristiques nécessaires pour régir la situation juridique donnée, soit elle ne les présente pas. Le critère de l'énoncé de la norme est ancien, et reflète ainsi une conception théorique particulière de la définition même de la norme juridique qui est désormais révolue. En effet, cette position se fonde sur une confusion entre la juridicité, la valeur juridique et la normativité, qui aboutit à ce que les normes formulées de manière imprécise ou les énoncés téléologiques soient considérés, au

⁵⁷³ Dans le cadre d'un modèle théorique, une variable (dite explicative) est isolée puis analysée afin de pouvoir déduire la nature et l'ampleur de son influence sur une autre (la variable expliquée), à l'exclusion de tout autre facteur.

⁵⁷⁴ TEORAN M., *L'obligation pour l'administration d'assurer l'effectivité des normes juridiques*, Thèse, Université de Paris-Sud (XI), 2007, p. 108.

moins comme des textes extra-juridiques, au plus para-juridiques⁵⁷⁵. En d'autres termes, ces énoncés ne sont pas réellement des règles de droit. Or, comme il a déjà été démontré, les normes non directement applicables sont bel et bien des normes juridiques, en ce qu'elles sont dotées d'une juridicité certaine, notamment par leurs fonctions d'interdiction, d'obligation et de permission. La juridicité de la norme fait précisément appel à son caractère prescriptif, par opposition au caractère indicatif ou descriptif, selon la loi de HUME⁵⁷⁶, et est déterminée par la signification de l'énoncé⁵⁷⁷. Il en va de même pour la valeur juridique, souvent niée aux normes non directement applicables dans la mesure où elles sont perçues comme inutiles ou inefficaces. Mais, dans la mesure où ces textes ont été adoptés selon une procédure juridique déterminée, leur valeur juridique ne pose pas question⁵⁷⁸. C'est en réalité le degré de normativité, entendue comme la capacité à déterminer les conduites humaines⁵⁷⁹, qui constitue le fondement de la déduction du caractère applicable d'une norme.

Enfin, si la formulation peut être considérée, à juste titre, comme un élément important de l'opération de catégorisation des normes, elle ne saurait être le seul

⁵⁷⁵ Sur ce point, cf. *supra*, « Introduction », p. 26 et suivantes. Voir également p. 100 et suivantes pour les normes d'objectif.

⁵⁷⁶ HUME D., *Traité de la nature humaine*, 1740, cité par Louis FAVOREU et *alii*, *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 10^e éd., 2008, p. 56. Cité par Pierre DE MONTALIVET, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, Paris, Dalloz, Collection Bibliothèque parlementaire et constitutionnelle, 2006, p. 325.

⁵⁷⁷ Cf. *infra*, « La volonté de l'autorité normative comme complément de sens à l'énoncé de la norme », p. 576.

⁵⁷⁸ Le caractère erroné de cette assimilation est fort bien expliqué par René CHAPUS, au travers de l'exemple du Préambule de la Constitution du 4 octobre 1958. Suite à la mention des célèbres décisions *Société Eky* du Conseil d'État (CE Sect. 12 février 1960, *Société Eky*, Rec. p. 101 ; D., p. 263, note J. L'HUILLIER ; J.C.P., 11629 bis, note G. VEDEL ; S., p. 131, concl. J. KAHN) et *Liberté d'association* du Conseil constitutionnel (CC n° 71-44 DC, 16 juillet 1971, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association*, Rec. p. 29 ; A.J.D.A., p. 537, note J. RIVERO ; R.D.P., p. 1171, note J. ROBERT ; G.D.C.C. n° 6). René CHAPUS explique : « contrairement à une erreur souvent commise et procédant d'une prudence excessive, les décisions précitées signifient que le préambule a force de loi constitutionnelle dans la totalité de ses dispositions. Il n'y a donc pas à s'interroger sur la force de loi constitutionnelle de celles de ses dispositions sur lesquelles les juges n'ont pas eu l'occasion de se prononcer. Et lorsque l'une d'elles est reconnue comme ayant cette force, il ne faut pas croire qu'un doute est enfin dissipé, une incertitude levée et qu'est enrichie la liste des principes ayant force de loi constitutionnelle. Par leurs décisions de 1960 et 1971, le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel ont jugé que dans son entier cette liste est dotée d'une telle force. Le fait que de nouvelles rubriques de cette liste soient au cours des temps prises en considération n'a qu'un intérêt de second ordre. L'état du droit n'en est pas changé ; ce qu'il est connaît simplement de nouvelles concrétisations », *Droit administratif général*, Tome 1, Paris, Montchrestien, 15^e éd., 2001, p. 42-43.

réfèrent possible, comme le souligne l'Assemblée du contentieux dans la décision *G.I.S.T.I. et F.A.P.I.L.* du 11 avril 2012⁵⁸⁰. En pratique, le juge écarte les règles considérées comme incapables d'établir une relation immédiatement, directement contraignante entre l'individu et l'État, les énoncés imparfaits appelant l'intervention d'un pouvoir normatif complémentaire. La méthode employée pour établir cette distinction se fonde, certes, sur la lettre du texte, mais également sur la volonté de l'auteur de la norme, en ce que cette volonté permet de déterminer la signification du texte. Plus marquant encore est le cas où est déduit un droit subjectif du texte de la norme, qui a pour cause l'idée selon laquelle la détermination des effets juridiques d'une norme est fonction des destinataires de la règle, et pour conséquence la reconnaissance de son applicabilité directe et de son invocabilité. Dans cette hypothèse, la confusion entre la méthode d'appréciation du critère objectif et celle censée être propre au critère subjectif d'applicabilité est totale, et révèle leur indissociabilité⁵⁸¹.

2. La confusion des critères objectif et subjectif d'applicabilité dans la détermination de l'effet direct

La mise en œuvre du critère subjectif d'applicabilité consiste à écarter l'application des normes internationales qui ont pour objet de créer « *seulement des obligations entre États sans ouvrir de droits aux intéressés* »⁵⁸², il est donc impossible de les invoquer. Le fondement de cette distinction repose sur un raisonnement en deux temps. D'une part, la règle d'origine internationale, dont la formulation révèle qu'elle

⁵⁷⁹ Comme le précise Pierre DE MONTALIVET, *op. cit.*, p. 326.

⁵⁸⁰ CE Ass. 11 avril 2012, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (G.I.S.T.I.) et Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement (F.A.P.I.L.)*, n° 322326, à paraître au Recueil Lebon ; R.F.D.A., p. 547, concl. G. DUMORTIER, p. 560, note M. GAUTIER ; A.J.D.A., p. 936, chron. A. BRETONNEAU et X. DOMINO : « *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 États et ne requiert l'intervention d'aucun acte complémentaire pour produire des effets à l'égard des particuliers ; que l'absence de tels effets ne saurait être déduite de la seule circonstance que la stipulation désigne les États parties comme sujets de l'obligation qu'elle définit* ».

⁵⁸¹ Comme l'observe Hélène TIGROUDJA, *Le juge administratif français et l'effet direct des engagements internationaux*, R.F.D.A., 2003, p. 154 à 168, spé p. 157-158.

⁵⁸² CE Ass. 8 mars 1985, *Garcia Henriquez*, Rec. p. 71 ; A.J.D.A., chron. S. HUBAC et J.-E. SCHOETTL, p. 406 ; R.D.P., p. 1130, concl. B. GENEVOIS.

n'entend régler que les relations entre les États, ne peut avoir comme destinataires que les États, à l'exclusion de toute autre personne juridique. D'autre part, la qualité de destinataire de la règle d'origine internationale est une condition *sine qua non* de la possibilité de s'en prévaloir. Cette démarche est régulièrement rappelée et est expliquée de manière particulièrement détaillée dans les conclusions du commissaire du Gouvernement Ronny ABRAHAM sur l'affaire *G.I.S.T.I.* de 1997⁵⁸³, comme dans celles du Rapporteur public Mattias GUYOMAR sur le récent arrêt *Mme Perreux*⁵⁸⁴. Il ressort de ce qui précède que la méthode du juge dans l'application du critère subjectif d'applicabilité est principalement fondée sur trois référents difficilement différenciables les uns des autres : l'aptitude de la stipulation internationale à créer un droit subjectif au bénéfice des individus, la volonté des États parties de créer un tel droit et la condition selon laquelle la stipulation ne doit pas s'adresser uniquement aux États parties. Cette dernière, particulièrement difficile à isoler, est forcément remplie dès lors que les deux premiers critères sont satisfaits.

Le critère de capacité de production de droits subjectifs au bénéfice des individus est loin d'être aisé à expliquer. Son utilisation se traduit dans certaines formulations employées par le juge administratif et dans certaines conclusions des rapporteurs publics. Tel est notamment le cas de la décision *Garcia Henriquez*, dans le cadre de laquelle la Haute juridiction précise que « *les stipulations de l'alinéa 2 de l'article 5 de la Convention franco-grenadine d'extradition conclue le 9 avril 1850, applicable entre la France et la Colombie, qui prévoient la consultation du Gouvernement colombien*

⁵⁸³ ABRAHAM R., concl. sur CE Sect. 23 avril 1997, *Groupeement d'information et de soutien des travailleurs immigrés (G.I.S.T.I.)*, R.F.D.A., p. 585 à 596, p. 589 : « *l'effet direct est écarté lorsque l'objet même de la norme conventionnelle est de régler exclusivement les relations entre les États parties et non pas de garantir des droits au bénéfice des particuliers. Dans ce cas, ce qui conduit à écarter l'effet direct, c'est la considération que les destinataires de la règle posée ne sont pas les individus, de telle sorte que ceux-ci sont sans qualité pour s'en prévaloir* ».

⁵⁸⁴ GUYOMAR M., concl. sur CE Ass. 30 octobre 2009, *Mme Perreux*, R.F.D.A., 2009, p. 1125 à 1145, p. 1138 : « *La détermination de l'effet d'une norme dépend des destinataires de la règle posée. S'agissant des directives, il convient de bien distinguer les débiteurs de l'obligation de faire que sont les États-membres des destinataires finaux de la règle qui peuvent être les particuliers. Lorsque la directive pose un droit à leur profit, que celui-ci est défini de manière claire, complète, précise et inconditionnelle et que l'État a manqué à son obligation de transposition, les particuliers tirent de leur qualité de destinataire de la règle la faculté de s'en prévaloir devant le juge. Et s'ils peuvent l'invoquer à l'encontre de l'État, c'est précisément en raison de sa qualité d'obligé. Mais le caractère exclusif de cette qualité implique que ce droit subjectif ne peut être invoqué qu'à son encontre. C'est pourquoi l'effet direct ne peut être que vertical ascendant. Par nature, il ne pourra jamais être ni vertical descendant ni horizontal* ».

lorsque l'extradition d'un de ses ressortissants est demandée par un pays tiers, créent seulement des obligations entre États sans ouvrir de droits aux intéressés »⁵⁸⁵. Comme il a déjà été précisé, le critère est malaisé à mettre en œuvre et la ligne de conduite du juge d'autant plus difficile à reconnaître que le contenu de la notion même de droit subjectif est indéterminé⁵⁸⁶. Afin de s'assurer de cette qualité, le juge se réfère à l'intention collective des États parties au traité, voire à la seule position de l'État du for, en d'autres termes, à la volonté des auteurs de la stipulation à analyser. « *Le critère du destinataire de la norme nécessite de la part du juge une méthode d'interprétation qui le fait pénétrer et l'oblige à apprécier la volonté des États parties à l'engagement international de créer des droits subjectifs. Dans cette hypothèse, le sens de la norme ne sera plus déduit d'éléments objectifs tels que les termes employés mais découlera de l'interprétation que le juge fera de ce qui se cache derrière la lettre de l'engagement pour en déterminer l'esprit* »⁵⁸⁷. Tant la méthode du juge dans l'application des critères que l'étude de sa jurisprudence révèlent que la prévalence est finalement donnée à la volonté de l'auteur de la règle et au critère du destinataire. Comme le constate Joe VERHOEVEN, « *pour qu'une règle soit directement applicable, il faut et il suffit que ses auteurs l'aient voulue telle* »⁵⁸⁸.

⁵⁸⁵ CE Ass. 8 mars 1985, *Garcia Henriquez*, Rec. p. 71 ; A.J.D.A., chron. S. HUBAC et J.-E. SCHOETTL, p. 406 ; R.D.P., p. 1130, concl. B. GENEVOIS. Voir également CE Sect. 29 janvier 1993, *Mme Bouilliez*, Rec. p. 15 ; R.F.D.A., p. 794, concl. F. SCANVIC, et note D. RUZIÉ, p. 803 ; A.J.D.A., p. 364-365, note G. BURDEAU ; et CE 17 novembre 1995, *Union juridique Rhône-Méditerranée*, Rec. p. 412 : « *si les obligations internationales de la convention de Berne du 19 septembre 1979, ratifiée par la France et rendue applicable par le décret du 22 août 1990 d'une part, et de la convention de Ramsar du 2 février 1971, également ratifiée et rendue applicable par le décret du 20 février 1987 d'autre part, imposent à la France la conservation de la flore et de faune sauvages et de leurs habitats et la protection particulière de certaines espèces, notamment par des zones de protection spéciale, ainsi que la conservation des zones humides et des oiseaux d'eau, les stipulations desdites conventions créent seulement des obligations entre États sans ouvrir de droits aux intéressés* ». Cf. la synthèse opérée par Hélène TIGROUDJA, *op. cit.*, p. 157 à 159.

⁵⁸⁶ Comme le constate Norbert FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés : émergence d'un concept en droit administratif français du XIX^e au XX^e siècle*, Paris, Dalloz, Nouvelle bibliothèque des thèses, vol. 25, 2003, spé. p. 11 à 16. Pour une bibliographie indicative sur la notion : DABIN J., *Le droit subjectif*, Paris, Dalloz, 1952 ; ROUBIER P., *Droits subjectifs et situations juridiques*, Paris, Dalloz, 1963 ; *Le droit subjectif en question*, A.P.D., 1964, t. 9, spé. p. 1 à 176 ; COTTA S., *Droit subjectif*, A.P.D., 1990, *Vocabulaire fondamental du droit*, t. 35, p. 81 ; SÈVE R. et TERRÉ F., *Droit*, A.P.D., 1990, *Vocabulaire fondamental du droit*, t. 35, p. 43. Cf. *infra*, « Le lien entre l'effet direct, l'invocabilité et le titulaire de droits subjectifs », p. 513.

⁵⁸⁷ TIGROUDJA H., *op. cit.*, p. 158-159.

⁵⁸⁸ VERHOEVEN J., *La notion d'« applicabilité directe » du droit international*, R.B.D.I., 1980, p. 243 à 264, p. 259.

Commentant la décision *G.I.S.T.I. et F.A.P.I.L.*⁵⁸⁹ dans le cadre de leur chronique, Xavier DOMINO et Aurélie BRETONNEAU expliquent que « *pour n'être pas érigés en critères de l'effet direct, les éléments rédactionnels et la densité normative des stipulations ne disparaissent pas de la palette du juge administratif, qui pourra y déceler autant d'indices de l'intention (exprimée ou non) des parties au regard des véritables critères, qui nous semble rester la clef de voûte de l'interprétation des textes internationaux. En somme, la décision n'a pas tant relégué aux oubliettes d'anciens critères erronés de l'effet direct que remis à leur place d'indices, fonctionnant en faisceau et ne pouvant pas créer plus que des présomptions réfragables, certains éléments parfois érigés à tort en critères à part entière* »⁵⁹⁰.

Par conséquent, il découle des précédentes observations que la pratique utilise en réalité un faisceau de critères relativement indistincts aux fins de déterminer l'applicabilité d'une norme juridique, quelle que soit son origine. Le juge se réfère à la lettre de l'énoncé ainsi qu'à la volonté de l'autorité normative dans le cadre de l'examen du critère objectif, tandis qu'il analyse le texte de la stipulation, cherchant la présence de droits subjectifs, par le recours à la volonté des États parties dans son analyse du critère subjectif. L'attention portée à la nécessité, puis à la recherche de l'existence d'un acte juridique complémentaire constitue également une méthode commune à deux situations finalement guère différentes. Cette conclusion est compréhensible, dans la mesure où le juge est censé vérifier la satisfaction des deux conditions par les normes d'origine internationale invoquées devant lui, ce qui prête encore davantage à confusion. En vue de l'identification du caractère directement applicable d'une norme juridique pour en déduire son invocabilité, le juge procède ainsi selon des méthodes d'une telle similarité que la dichotomie théorique opposant le critère objectif au critère subjectif se trouve vidée de son contenu et semble dépourvue de pertinence.

⁵⁸⁹ CE Ass. 11 avril 2012, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (G.I.S.T.I.) et Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement (F.A.P.I.L.)*, n° 322326, précité.

⁵⁹⁰ BRETONNEAU A. et DOMINO X., *Les aléas de l'effet direct*, note sous CE Ass. 11 avril 2012, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (G.I.S.T.I.) et Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement (F.A.P.I.L.)*, in *Chronique générale de jurisprudence administrative française*, A.J.D.A., 2012, p. 936 à 942, p. 938.

Si le recours à la volonté de l'auteur de la norme est une technique commune aux deux critères, le but de cette démarche peut être distingué en fonction de la nature du critère appliqué. Dans les hypothèses d'examen du critère objectif, le juge peut être amené à se référer à la volonté de l'auteur de manière subsidiaire, afin de déterminer le sens de l'énoncé qui lui est soumis. En revanche, l'étude de la volonté des « auteurs » de la stipulation internationale est plus systématique, en ce qu'elle permet de savoir si la norme a pour objet de créer des droits subjectifs dans le chef des particuliers. *A contrario*, si de cette volonté procède une stipulation dont le but manifeste est de régir les relations entre les sujets de droit international que sont les États, et non pas de les placer en situation de débiteurs d'une obligation de comportement, la stipulation internationale est considérée comme totalement incapable de fonder un droit subjectif au bénéfice du justiciable qui entendrait s'en prévaloir. En ce sens, l'individu, qui n'a en principe pas la qualité de sujet du droit international, n'est pas destinataire direct de la stipulation. Il se situe « en marge » de la relation juridique établie par elle entre les États contractants. Quant à la recherche de la capacité d'une norme d'origine interne à fonder un droit subjectif, la démarche juridictionnelle vise uniquement la détermination de l'invocabilité de l'énoncé, eu égard aux contraintes propres à la structure de certains contentieux, et non son applicabilité. Tels sont les cas, par exemple, des jurisprudences relatives à l'admission de l'invocabilité de certains moyens dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité ou du référé-liberté, témoignant d'une distinction entre applicabilité et invocabilité.

B - Une démarche aux conséquences pratiques critiquables

De la distinction entre les normes directement applicables et les normes dépourvues de ce caractère découlent deux conséquences majeures. D'une part, les sources de la légalité font l'objet de différences de traitement juridictionnel difficilement justifiables (1). D'autre part, l'emploi du critère subjectif d'applicabilité connaît des conséquences discutables (2).

1. Les inégalités de traitement juridictionnel des normes à raison de leur origine

Les critiques traditionnelles de l'emploi d'un critère d'applicabilité pour les normes d'origine interne et de deux critères pour les normes d'origine internationales se fondent principalement sur le constat d'une inégalité entre les règles juridiques à raison de leur origine qui ne reposerait sur aucun fondement objectif : « *ce qu'il faut entendre par inégalité juridique entre les deux types de normes, c'est l'inégalité de traitement que le juge administratif leur réserve dans leur application à l'encontre de l'action de l'administration. Même si le bloc de légalité est composé de normes de valeur juridique différente, il reste que ces normes composent indistinctement le droit, la loi au sens large, conformément auxquels doit agir l'administration* »⁵⁹¹.

Les deux critères d'applicabilité utilisés par les juges français existent depuis longtemps et sont communs au droit international et à une très grande majorité des juridictions étrangères. En droit français, la méthode de détermination de l'applicabilité du droit international, en particulier, se heurte à d'autres écueils. En effet, il est raisonnable de s'interroger sur la compatibilité de cette démarche avec la position moniste de l'État français, telle qu'exprimée par l'article 55 de la Constitution de 1958, disposant que « *les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie* ». Comme le relève notamment Hélène TIGROUDJA⁵⁹², l'emploi du critère subjectif d'applicabilité se heurte aux spécificités des contentieux objectifs, notamment du recours pour excès de pouvoir. Suivant le même raisonnement, Geneviève BURDEAU souligne que « *dès lors que l'administration est soumise au principe de légalité et que l'article 55 de la Constitution impose la supériorité de tous les traités sans distinction, la question n'est pas de savoir si le traité a créé des obligations uniquement à la charge des États, puisqu'il entre dans*

⁵⁹¹ TIGROUDJA H., *op. cit.*, p. 161.

⁵⁹² TIGROUDJA H., *op. cit.*, p. 155 : « *l'approche subjective de l'effet direct n'habilitant le particulier à se prévaloir d'une disposition internationale que lorsqu'elle crée des droits à son profit ne laisse pas de surprendre eu égard au caractère objectif du contentieux de la légalité dans le cadre duquel s'est posée cette question* ».

la mission du juge d'en assurer le respect dans la réglementation interne, mais de déterminer si une telle disposition est suffisamment précise pour recevoir directement application »⁵⁹³.

De plus, il résulte de ce qui précède que les normes d'origine interne, régulièrement entrées en vigueur, sont invocables par elles-mêmes et directement devant le juge administratif pour autant qu'elles soient suffisamment claires et précises. En théorie, l'invocabilité des stipulations des traités ou accords internationaux dépend de la régularité de leur entrée en vigueur dans l'ordre juridique français, telle qu'envisagée par l'article 55 de la Constitution, mais aussi de leur capacité à satisfaire le critère commun et le critère subjectif. En d'autres termes, en pratique, le requérant désireux de se prévaloir d'une norme interne devra en démontrer le caractère complet et le justiciable souhaitant invoquer une stipulation internationale sera contraint d'apporter la preuve que cette dernière, en plus d'être suffisamment claire et précise, a pour objet de lui conférer directement un droit subjectif : pour le juge, l'invocabilité de la norme est une conséquence « automatique » de son applicabilité directe.

Par ailleurs, à cette inégalité de traitement contentieux entre les sources de la légalité administrative en fonction de leur origine s'ajoute une différence notable d'effets juridictionnels entre les normes issues du droit international classique et le droit dérivé de l'Union européenne. Sous « *l'effet d'entraînement* »⁵⁹⁴ inhérent à l'existence d'une juridiction internationale telle que la Cour de Justice, cette distinction de régime, induite par la spécificité du droit de l'Union européenne⁵⁹⁵, a pour conséquence la distinction par le juge des notions d'applicabilité et d'invocabilité⁵⁹⁶. Les derniers développements de la jurisprudence relative au statut des directives européennes en droit français marquent encore davantage l'écart, en ce que les directives non transposées peuvent être invoquées à l'encontre d'un acte

⁵⁹³ BURDEAU G., note sous CE, Sect., 29 janvier 1993, *Mme Bouilliez*, A.J.D.A., 1çç3, p. 364 à 369, p. 367.

⁵⁹⁴ L'expression est empruntée à Olivier DE SCHUTTER, *Fonction de juger et droits fondamentaux, transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américain et européens*, Bruxelles, Bruylant, Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, 1999, spé. p. 132 à 136.

⁵⁹⁵ Et notamment du fait du jeu des principes de primauté et d'effet direct.

⁵⁹⁶ Également soulignée par Hélène TIGROUDJA, *op. cit.*, p. 161.

administratif non réglementaire, pour autant que leurs dispositions soient précises et inconditionnelles. Le système juridique de l'Union européenne est tel que le justiciable tient des droits, non pas de l'énoncé de la norme, mais du fait du jeu de l'obligation spécifique de transposition des directives⁵⁹⁷, consacrée tant par le Traité que par l'article 88-1 de la Constitution⁵⁹⁸. Le critère subjectif d'applicabilité est donc considéré comme intrinsèquement satisfait, selon un élément d'appréciation spécifique et différent de ceux utilisés pour les autres normes, en dépit de la nature théoriquement incomplète et nécessairement « *interétatique* »⁵⁹⁹ de toute directive européenne⁶⁰⁰.

2. L'illogisme des conséquences pratiques de l'emploi du critère subjectif d'applicabilité

La pratique du juge administratif du critère subjectif d'applicabilité permet d'établir une typologie générale des conventions internationales en fonction de leur objet⁶⁰¹. Il est possible de placer parmi les engagements internationaux qui s'adressent aux individus les conventions générales qui leur reconnaissent des droits⁶⁰², ainsi que les conventions concernant le statut juridique des particuliers (mariage, divorce, conditions de circulation, nationalité, fiscalité, etc.). Les stipulations internationales qui se bornent à régir les rapports entre États, nommées « *conventions de procédures étatiques* » par le commissaire du Gouvernement Frédéric SCANVIC⁶⁰³, recouvrent potentiellement le reste du droit international

⁵⁹⁷ Cf. *infra*, « La transposition des directives européennes », p. 200 et suivantes.

⁵⁹⁸ CE Ass. 30 octobre 2009, *Mme Perreux*, précité : « la transposition en droit interne des directives communautaires, qui est une obligation résultant du Traité instituant la Communauté européenne, revêt, en outre, en vertu de l'article 88-1 de la Constitution, le caractère d'une obligation constitutionnelle ; que, pour chacun de ces deux motifs, il appartient au juge national, juge de droit commun de l'application du droit communautaire, de garantir l'effectivité des droits que toute personne tient de cette obligation à l'égard des autorités publiques ».

⁵⁹⁹ DE BÉCHILLON D., *L'applicabilité des directives communautaires selon la jurisprudence du Conseil d'État*, R.D.P., 1991, p. 759 à 791, p. 761.

⁶⁰⁰ Cf. *infra*, « Les incohérences dans l'application contentieuse des normes non directement applicables d'origine internationale : les liens entre effet direct, invocabilité et office du juge », p. 478.

⁶⁰¹ Cf. TIGROUDJA H., *op. cit.*, p. 165.

⁶⁰² Sachant que leurs stipulations peuvent être jugées dépourvues d'effet direct en raison de l'application du critère objectif.

⁶⁰³ SCANVIC F., concl. sur CE Sect. 29 janvier 1993, *Mme Bouilliez* ; R.F.D.A., 1993, p. 794 à 802, p. 798.

conventionnel. « Il faut admettre que cette distinction est quelque peu fictive. Il est extrêmement difficile, voire impossible de trouver une seule règle juridique internationale, conventionnelle ou coutumière, qui ne concerne pas les particuliers et leur comportement d'une manière plus ou moins directe »⁶⁰⁴.

Comme l'explique Hélène TIGROUDJA, « dans la jurisprudence du Conseil d'État, ce sont le droit extraditionnel, d'une part, le droit de la protection consulaire, d'autre part, et certaines dispositions du droit international de l'environnement qui ont été considérés dans une certaine mesure comme n'intéressant que les rapports entre États »⁶⁰⁵. Or, la décision de procéder ou non à une extradition concerne directement l'individu qui en est l'objet, « si bien que tout texte international régissant la matière et en particulier, les conventions bilatérales conclues entre l'État demandant l'extradition et l'État requis, l'atteint directement »⁶⁰⁶. Le juge administratif admet régulièrement l'invocabilité des stipulations des conventions d'extradition à l'encontre du décret par lequel le Gouvernement accorde l'extradition⁶⁰⁷. Cependant, comme l'explique Ronny ABRAHAM, la stipulation prévoyant une obligation, pour chacun des États parties avant d'accorder l'extradition d'un ressortissant de l'autre État à destination d'un État tiers, de consulter le gouvernement de cet autre État, n'a « pas été introduite dans l'intérêt de la personne extradée, mais uniquement dans celui des États parties. En d'autres termes, l'individu extradé ne possède pas un droit à ce que le gouvernement qui l'extrade consulte celui de l'État dont il est le ressortissant. C'est ce dernier État qui possède un droit – d'origine conventionnelle – à être consulté avant l'extradition de son ressortissant. Seul cet État pourrait donc se prévaloir de la méconnaissance de ce droit, et il ne pourrait le faire que devant un juge international, étant sans qualité pour former devant le juge interne un recours contre la décision accordant l'extradition de son national »⁶⁰⁸.

⁶⁰⁴ TIGROUDJA H., *op. cit.*, p. 165.

⁶⁰⁵ *Ibid.*

⁶⁰⁶ *Ibid.*

⁶⁰⁷ CE 30 mai 1952, *Dame Kirkwood*, Rec. p. 291 ; R.D.P., p. 781, concl. M. LETOURNEUR, note M. WALINE.

⁶⁰⁸ ABRAHAM R., concl. sur CE Sect. 23 avril 1997, *Groupement d'information et de soutien des travailleurs immigrés (G.I.S.T.I.)*, R.F.D.A., p. 585 à 596, p. 589.

Il est toutefois possible de considérer, à la lecture de l'arrêt *Garcia Henriquez*⁶⁰⁹, que « peu importe que l'article 5 de la Convention franco-grenadine consacre ou ne consacre pas un droit subjectif à ce que les autorités de la personne extradée soient consultées : le fait est que cette Convention a pour objet de mettre en place une procédure d'extradition et certaines règles précises en la matière. Le travail du juge administratif dès lors consiste non pas à déterminer si l'individu dispose d'un droit à l'information de son État de nationalité mais si la décision prise par les autorités françaises l'a été conformément à la procédure établie par la Convention franco-grenadine »⁶¹⁰. Le même type de raisonnement peut être employé pour l'affaire *Mme Bouilliez*⁶¹¹ : le droit de la protection consulaire et de la protection diplomatique sont à dominante interétatique, mais les normes posant les conditions selon lesquelles est organisée la protection consulaire des individus concernés, de leur famille et de leurs biens ont des effets indiscutables sur leur situation. Comme l'explique le commissaire du Gouvernement Ronny ABRAHAM, l'article 5 de la convention de Vienne de 1963 sur les relations consulaires⁶¹² peut être compris de deux façons différentes : l'objet de cette stipulation peut être compris comme la garantie d'un droit à la protection consulaire au bénéfice des ressortissants de l'État d'envoi, ou comme l'obligation faite à l'État de résidence de ne pas entraver l'exercice par le consul de ses fonctions de protection. « Dans la première interprétation, la convention crée des droits qui ont deux titulaires : l'État d'envoi, qui a le droit au respect par l'État de résidence des fonctions de son consul, et l'individu, qui a le droit d'être protégé par son consul ; dans la seconde, la Convention ne crée de droit que pour l'État d'envoi (et une obligation corrélatrice pour l'État d'accueil) »⁶¹³.

⁶⁰⁹ CE Ass. 8 mars 1985, *Garcia Henriquez*, Rec. p. 71 ; A.J.D.A., chron. S. HUBAC et J.-E. SCHOETTL, p. 406 ; R.D.P., p. 1130, concl. B. GENEVOIS.

⁶¹⁰ TIGROUDJA H., *op. cit.*, p. 165.

⁶¹¹ CE Sect. 29 janvier 1993, *Mme Bouilliez*, Rec. p. 15 ; R.F.D.A., p. 794, concl. F. SCANVIC, et note D. RUZIÉ, p. 803 ; A.J.D.A., p. 364-365, note G. BURDEAU.

⁶¹² Ronny ABRAHAM fait référence au point a) de cet article, selon lequel « les fonctions consulaires consistent à : a) protéger dans l'État de résidence les intérêts de l'État d'envoi et de ses ressortissants, personnes physiques et morales, dans les limites admises par le droit international », concl. sur CE Sect. 23 avril 1997, *Groupelement d'information et de soutien des travailleurs immigrés (G.I.S.T.I.)*, R.F.D.A., p. 585 à 596, p. 589-590.

⁶¹³ ABRAHAM R., concl. sur CE Sect. 23 avril 1997, *Groupelement d'information et de soutien des travailleurs immigrés (G.I.S.T.I.)*, précitées, p. 590.

Enfin, il est intéressant de remarquer que l'ancienne distinction entre circulaire réglementaire et circulaire interprétative, établie par la jurisprudence *Notre-Dame du Kreisker*⁶¹⁴, avait précisément pour objet de permettre au juge administratif d'annuler les circulaires réglementaires pour incompétence dans les cas où leur auteur ne dispose pas du pouvoir réglementaire⁶¹⁵. Dans ce contexte, il est curieux de constater qu'un requérant intentant un recours pour excès de pouvoir contre un acte administratif obtient satisfaction en cas de violation d'une règle de compétence ou de procédure⁶¹⁶ d'origine interne, et voit son moyen déclaré inopérant, sans être examiné au fond, si la règle est énoncée dans une stipulation internationale dépourvue d'effet direct. L'illustration de cette dissymétrie ressort nettement de la comparaison de l'affaire *Garcia Henriquez*⁶¹⁷ et des règles relatives aux procédures de consultation préalable à l'édition d'une décision administrative : dans le cadre de la première, la violation des stipulations prévoyant la consultation du Gouvernement colombien lorsque l'extradition d'un de ses ressortissants est demandée par un pays tiers⁶¹⁸ n'est pas utilement invocable.

En conclusion, l'utilisation des critères objectif et subjectif s'est généralisée et reste la méthode la plus employée pour déterminer l'applicabilité, puis l'invocabilité des normes juridiques. Cette démarche conduit à considérer comme non directement applicables les règles juridiques nécessitant l'intervention d'un pouvoir normatif et les stipulations internationales qui ont pour objet de régir les relations entre les États. Si la distinction semble simple et opératoire *in abstracto*, sa pratique *in concreto* a des effets contestables. La réflexion fondée sur le critère de « perfection » de la norme juridique aboutit à associer l'applicabilité directe à la nature négative de l'obligation prescrite, et l'absence d'applicabilité directe aux obligations positives. De surcroît, ce

⁶¹⁴ CE Ass. 29 janvier 1954, *Institution Notre-Dame du Kreisker*, Rec. p. 64 ; R.P.D.A., p. 50, concl. B. TRICOT ; A.J.D.A., p. 5, chron. F. GAZIER et M. LONG ; R.D.P., 1955, p. 175, note M. WALINE.

⁶¹⁵ Tel est le cas en l'absence de texte lui conférant expressément ce pouvoir ou si la situation ne correspond pas à l'application de la jurisprudence *Jamart* (CE Sect. 7 février 1936, *Jamart*, Rec. p. 172 ; S., 1937, III, p. 113, note J. RIVERO ; G.A.J.A., n° 48).

⁶¹⁶ Pour autant que le vice de procédure porte sur une formalité substantielle.

⁶¹⁷ CE Ass. 8 mars 1985, *Garcia Henriquez*, précité.

⁶¹⁸ Alinéa 2 de l'article 5 de la Convention franco-grenadine d'extradition du 9 avril 1850.

critère présente de nombreuses insuffisances. L'existence même du critère subjectif, aux implications incohérentes, crée une inégalité entre les sources de la légalité.

Conclusion du Titre premier

En définitive, aucune norme ne peut être qualifiée de non directement applicable à raison de l'acte juridique qui l'exprime, de sa nature ou de sa fonction. L'absence d'applicabilité directe est un caractère que toute norme juridique peut revêtir, et qui ne peut que résulter d'une déduction fondée sur des critères spécifiques. La plupart des systèmes juridiques connaît une méthode de détermination consistant à appliquer un critère objectif et un critère subjectif, qui reste malgré tout insatisfaisante. À défaut de réelle notion homogène et opératoire de norme non directement applicable, il existe un caractère identifié que les normes juridiques peuvent revêtir. Il est nécessaire de déterminer si la spécificité des normes non directement applicables s'exprime par un particularisme du régime juridique, notamment lié à leur formulation, souvent perçue comme « inachevée ».

Une norme juridique est jugée directement applicable quand elle est suffisamment précise et complète pour régir seule, par elle-même, une situation juridique entrant dans son champ d'application. Une norme juridique exprimée par une stipulation internationale doit également satisfaire cette exigence de « perfection », mais aussi ne pas se borner à créer seulement des obligations entre les États sans ouvrir de droits aux particuliers. Il en résulte que peuvent être considérées comme non directement applicables les normes juridiques valablement adoptées qui ont pour destinataires directs les autorités publiques compétentes pour les mettre en œuvre, et non les individus. Le contenu de la norme juridique incomplète et insuffisamment précise peut viser les individus, ces derniers n'en étant pourtant pas les destinataires directs dans la mesure où les obligations énoncées pèsent sur les organes de l'État. Dans le cas de la stipulation internationale qui ne crée pas de droit dans le chef des particuliers, l'État est destinataire de la norme, pas uniquement en tant que débiteur d'une obligation de comportement, mais également car l'objet même de la norme est de régler les relations entre les sujets de droit international que sont les États.

En dépit de l'importante diversité des normes non directement applicables, comme de leur apparente hétérogénéité, il est possible de constater que certains domaines sont les terrains d'élection de ce type de règles, comme la protection de l'environnement ou les droits à prestation. Après avoir conclu à l'absence de réelle notion de norme non directement applicable, il est nécessaire de vérifier si leur spécificité découle de leur régime juridique.

TITRE SECOND : LES DÉSÉQUILIBRES DU RÉGIME JURIDIQUE DES NORMES NON DIRECTEMENT APPLICABLES

Le régime juridique est entendu comme un « *système de règles, considéré comme un tout, (...) [qui] regroupe l'ensemble des règles relatives à une matière* »⁶¹⁹. La matière envisagée par cette étude est pourtant caractérisée par sa nature indéfinie et incertaine : le régime juridique des normes non directement applicables constitue un ensemble hétérogène formé de solutions juridiques incertaines, voire de pseudo-solutions. Les effets de ces normes sont flous et ne semblent en rien être aptes à la formation d'un réel ensemble.

La force juridique d'une norme comprend, notamment, certains éléments techniques de nature à déterminer, d'une part, si la norme s'impose – force obligatoire ; d'autre part, comment la norme s'impose – force contraignante⁶²⁰. Les normes non directement applicables sont par nature caractérisées par une certaine souplesse d'une de ces deux forces, voire des deux, ce qui peut faire obstacle à la distinction théorique entre force obligatoire et force contraignante, entre la force de l'obligation et l'effet de la sanction qui peut s'y attacher. Cette distinction se rapproche de la théorie allemande des obligations, notamment développée par Aloys RITTER BRINZ⁶²¹ à partir de l'analyse de la notion d'obligation en droit romain, qui identifie la *Schuld* et la *Haftung*. La *Schuld* correspond à un devoir incombant au débiteur, tenu d'accomplir certaines prestations. La *Haftung* correspond au pouvoir de contrainte du créancier, elle est une garantie ou une responsabilité⁶²². Comme il existe des obligations « parfaites » où ces deux éléments

⁶¹⁹ CORNU G., *op. cit.*, v^e « Régime », p. 868.

⁶²⁰ Sur cette distinction, voir notamment THIBIERGE C., *Le droit souple : réflexion sur les textures du droit*, R.T.D. Civ., 2003, p. 599 à 628, spé. p. 610, et p. 615-616. L'auteur décompose la force du droit en plusieurs forces associées, dont la force obligatoire et la force contraignante.

⁶²¹ Notamment dans son œuvre majeure, *Lehrbuch der Pandekten*, Deichert, Erlangen, 1857.

⁶²² Comme l'explique Philippe MALAURIE, « Obligations », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, P.U.F., 2003, p. 1097 à 1101, p. 1097.

sont imbriqués, et des obligations « imparfaites » qui ne comprennent que la *Schuld*, certaines normes ont une force obligatoire réelle ne connaissant pas de sanction.

Dans la mesure où les normes non directement applicables sont particulières par définition au regard des autres normes, elles sont logiquement sources d'effets juridiques différenciés qui leur sont propres. La singularité des normes non directement applicables peut se remarquer à l'étude du degré de leurs effets juridiques. Au sens objectif, la normativité comprend l'effet des normes sur les pouvoirs publics et renvoie à l'idée que la règle de droit s'impose. Réciproquement, l'effet normatif suppose également une protection juridictionnelle, au bénéfice des individus, et se rapproche de la notion de droit subjectif. Or, ces deux aspects ne sont pas nécessairement symétriques, proportionnés ou équilibrés. Ainsi, une norme peut obliger les pouvoirs publics sans pour autant offrir de base à des droits subjectifs au bénéfice des individus. L'impression de complexité est encore renforcée par l'absence d'homogénéité des fonctions normatives et des fonctions contraignantes à l'intérieur d'une même « catégorie » de normes non directement applicables.

La question du régime juridique des normes non directement applicables impose d'identifier les effets juridiques produits par ces normes et leur étendue. Dans un premier temps, il s'agit de déterminer si la norme non directement applicable s'impose et ce qu'elle impose de manière plus concrète. Cette analyse de la force obligatoire des normes non directement applicables conduit à conclure à la réalité de leurs effets juridiques (Titre premier). Dans un second temps, il est naturel de s'interroger sur la sanction, au sens large, des normes non directement applicables, cette étude aboutissant à constater les limites de leur force contraignante (Titre second).

Chapitre premier : Une force obligatoire réelle

En langage courant, « l'obligation » est généralement entendue comme un devoir⁶²³. Étymologiquement, le terme est formé des mots *ob* et *ligatio*, traduisant l'idée de lier étroitement. Sur le plan juridique, l'obligation est une notion fondamentale du droit civil qui, par essence, implique un lien de droit. L'obligation traduit ainsi un lien juridique étroit entre deux personnes, le *vinculum juris*, par lequel celles-ci « sont tenues d'une prestation (fait ou abstention) »⁶²⁴. Selon la théorie classique, ce lien naît de la volonté⁶²⁵. Or, cette conception civiliste de la notion d'obligation ne s'est pas imposée en droit public où le nom est préféré à l'adjectif. Eu égard à la nature profondément asymétrique du poids de la volonté en droit public, la notion d'obligation fait pour le moins l'objet d'une conceptualisation différente⁶²⁶. L'État étant souverain, il est source d'obligations et n'en est sujet que dans les conditions et selon les modalités que lui-même a fixées. L'obligation peut être perçue comme l'expression de la puissance normative du droit. Pour Paul AMSELEK, elle est une « nécessité de faire, ou – ce qui revient au même – [une] impossibilité ou interdiction de ne pas faire »⁶²⁷.

Par ailleurs, sur le plan international, l'obligation est également essentiellement consentie. Le droit international classique trouve son fondement dans l'accord de volonté entre ses sujets primaires et formellement égaux, les États souverains. « *Le droit international régit les rapports entre des États indépendants. Les règles de droit liant les États procèdent donc de la volonté de ceux-ci, volonté manifestée dans*

⁶²³ Selon le *Dictionnaire de l'Académie française* (9^e édition, v^e « Obligation »), l'obligation se définit comme un « lien moral qui fait devoir de remplir certains engagements, d'accomplir certains actes ; par extension, nécessité à laquelle on doit se soumettre, ou contrainte que l'on s'impose ».

⁶²⁴ CORNU G., *op. cit.*, v^e « Obligation », p. 695.

⁶²⁵ Cf. notamment FRISON-ROCHE A.-M., *Volonté et obligation*, A.P.D., 2000, *L'obligation*, t. 44, p. 129.

⁶²⁶ Sur la notion générale d'obligation, voir A.P.D., 2000, *L'obligation*, t. 44. Cf. notamment CHEVALLIER J., *L'obligation en droit public*, p. 179 ; et DRAGO R., *La notion d'obligation : droit public et droit privé*, p. 43.

⁶²⁷ AMSELEK P., *Le rôle de la volonté dans l'édiction des normes juridiques selon Hans KELSEN*, R.R.J.-Droit prospectif, 1999-1, p. 37 à 59, p. 51.

des conventions ou dans des usages »⁶²⁸. Depuis l'affirmation universelle des droits internationaux de la personne humaine après 1945, le droit international ajoute à ces obligations nécessairement « consenties » par les États des obligations « assumées ». Ces dernières résultent de la consécration de valeurs fondamentales, réputées communes à tous. Certes, la volonté de l'État ne s'exprime pas réellement dans la définition de ce nouveau type d'obligations internationales. Elle se manifeste en revanche dans l'acceptation de ces obligations, notamment au travers des mesures prises pour les rendre effectives et les exécuter. L'obligation internationale connaît une dualité de fondements, ce qui ne facilite pas la détermination des comportements nécessaires à son respect⁶²⁹.

Les normes non directement applicables ont jusqu'à présent été déterminées comme des normes au contenu « inachevé » qui nécessitent une intervention normative complémentaire. Elles sont, malgré ce manque de « densité », sources d'obligations pesant, au premier chef, sur les autorités publiques. « *Dire que "toute règle de droit est obligatoire" est truisme ou vain propos si l'on se réfère à la substance de la norme comprise comme une règle de conduite. La prescription ou la prohibition d'un comportement peut-elle être autrement qu'obligatoire et que peut, en revanche signifier pareil caractère attribué à une permission ? (...) Il apparaît en effet que cette obligatorité se rapporte à l'usage des normes juridiques et non à leur contenu : elles sont d'usage obligatoire, donc exclusif, à l'égard de toute situation entrant dans le champ de validité de l'ensemble normatif auquel elles appartiennent* »⁶³⁰. Si toute norme juridique appelle l'édiction d'autres normes, les normes non directement applicables nécessitent cette intervention normative pour être effectives : l'opération de mise en œuvre n'a pas uniquement pour objet et pour effet de tirer les conséquences techniques de l'énoncé, mais doit véritablement apporter à la norme originelle l'élément manquant à son applicabilité directe. Il est possible de considérer qu'elle consiste finalement en une opération d'élaboration complémentaire. « *Il est clair, bien entendu, qu'il y a des*

⁶²⁸ CPJI 7 septembre 1927, *Affaire du S.S. Lotus (France c. Turquie)*, Recueil des arrêts de la CPJI, Série A, n° 10, p. 18.

⁶²⁹ Comme l'explique Pierre-Marie DUPUY, *L'obligation en droit international*, A.P.D., 2000, *L'obligation*, t. 44, p. 217.

⁶³⁰ JEAMMAUD A., *La règle de droit comme modèle*, D., 1990, Chron., p. 199 à 210, p. 207.

questions importantes, fondamentales dans l'élaboration d'un texte, qu'au fur et à mesure que la norme se concrétise, des seuils se franchissent. Mais où marquer la ligne de partage exacte entre le principe, et sa traduction dans les applications qui peuvent en être faites au stade de la mise en œuvre ? »⁶³¹.

L'acte devient en quelque sorte une règle primaire, génératrice d'obligations d'adoption d'autres règles, secondaires, dépendantes de la norme originelle. En fonction de la nature de la règle juridique, deux hypothèses se distinguent. Soit la norme juridique est une directive européenne, nécessitant d'être transposée, soit elle est une norme qui peut être mise en œuvre. L'obligation de transposition est l'un des éléments de la spécificité des directives européennes, ce qui explique qu'elle diffère de la nécessité de mise en œuvre des normes non directement applicables, plus générale. Ainsi est-il nécessaire de distinguer les opérations de transposition (Section I), des opérations de mise en œuvre (Section II).

⁶³¹ RIVERO J., *Rapport de synthèse*, in *Le domaine de la loi et du règlement*, Collectif, 2^e éd., Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Economica, 1981, p. 261 à 273, p. 265.

Section I : La transposition des directives européennes

Au sens général, la transposition est une opération permettant le passage d'un ordre juridique à un autre au moyen d'un acte juridique. Au sein d'un État dualiste, un engagement international doit être incorporé au droit interne par une mesure nationale de réception, « de transposition », afin d'être justiciable. Le monisme est une théorie fondée sur l'unité des ordres juridiques interne et international, qui a pour corollaire l'exclusion de la nécessité d'une mesure de réception de la norme conventionnelle en droit interne. La formule de l'article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958, selon lequel « *les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie* », est étendue aux actes pris pour l'application des traités et révèle l'immédiateté d'application du droit international, selon une option constitutionnelle moniste. En droit français, le terme de transposition ne peut donc être pertinemment employé que dans un sens spécifique, pour certaines normes d'origine européenne.

Eu égard à ce contexte, la transposition peut se définir comme une « *action d'insérer en droit interne les normes communautaires, moyennant les vérifications et remaniements nécessaires* »⁶³². De manière plus précise et plus spécifique, « *les États membres sont soumis, dans un délai fixé par l'acte communautaire, à une obligation de transposition, consistant à incorporer les exigences de la directive communautaire dans une norme nationale qui doit permettre aux règles communautaires de déployer leur plein effet* »⁶³³. La transposition doit donc s'entendre dans un sens spécifique, et non dans le sens du droit international classique que lui donne la doctrine dualiste. Concrètement, la transposition concerne les directives de l'Union européenne définies à l'alinéa 3 de l'article 288 du T.F.U.E. (ex-article 249 alinéa 3 du Traité

⁶³² CORNU G., *op. cit.*, v^e « Transposition », p. 1029.

⁶³³ SIMON D., « Le droit communautaire », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, P.U.F., 2003, p. 448 à 453, p. 451.

instituant la Communauté européenne)⁶³⁴, et les décisions-cadres de l'ancien article 34 alinéa 2 du Traité sur l'Union européenne⁶³⁵. En effet, selon les termes de l'alinéa 2 de l'article 288 du T.F.U.E., « le règlement a une portée générale. Il est obligatoire dans tous ses éléments et il est directement applicable dans tout État membre ». « Les règlements sont investis de l'immédiateté normative, en ce sens qu'ils produisent, dès la date de leur entrée en vigueur, leurs effets juridiques dans les ordres juridiques nationaux sans interposition d'aucune mesure nationale de réception, de transposition, voire de publication⁶³⁶ »⁶³⁷. Dans la mesure où le règlement européen ne peut valablement faire l'objet d'une mesure de transposition⁶³⁸, et où l'article 34 du Traité sur l'Union européenne est désormais abrogé⁶³⁹, l'obligation de transposition sert d'élément distinctif de la spécificité de la directive européenne.

Au-delà de ces quelques définitions, la notion de transposition reste insaisissable, eu égard, en particulier, à la richesse du lexique relatif à la réalisation

⁶³⁴ Version consolidée du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, J.O.U.E. n° C 83 du 30 mars 2010, p. 47 et suivantes.

⁶³⁵ « Le Conseil, sous la forme et selon les procédures appropriées indiquées dans le présent titre, prend des mesures et favorise la coopération en vue de contribuer à la poursuite des objectifs de l'Union. À cet effet, il peut, statuant à l'unanimité à l'initiative de tout État membre ou de la Commission : (...) b) arrêter des décisions-cadres aux fins du rapprochement des dispositions législatives et réglementaires des États membres. Les décisions-cadres lient les États membres quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens. Elles ne peuvent entraîner d'effet direct ».

⁶³⁶ CJCE 7 février 1973, *Commission c. Italie*, 39/72, Rec. p. 101 ; CJCE 10 octobre 1973, *F.lli Variola S.p.A. c. Administration des finances italienne*, 34/73, Rec. p. 981 ; CJCE 2 février 1977, *Amsterdam Bulb B.V. c. Produktschap voor Siergewassen*, 50/76, Rec. p. 137.

⁶³⁷ SIMON D., *Le système juridique communautaire*, Paris, P.U.F., Collection Droit fondamental, 3^e éd., 2001, p. 321.

⁶³⁸ « En substance, le (...) décret, en dehors de quelques dispositions d'application de caractère national, se limite à reproduire les dispositions des règlements communautaires ; que, par l'utilisation de ce procédé, le Gouvernement italien a créé une équivoque en ce qui concerne tant la nature juridique des dispositions applicables que le moment de leur entrée en vigueur ; qu'en effet, aux termes des articles 189 et 191 du traité, les règlements sont, en tant que tels, directement applicables dans tout État membre et entrent en vigueur, en vertu de leur seule publication au Journal officiel des Communautés, à la date qu'ils fixent ou, à défaut, au moment déterminé par le traité ; que, dès lors, sont contraires au traité toutes modalités d'exécution dont la conséquence pourrait être de faire obstacle à l'effet direct des règlements communautaires et de compromettre ainsi leur application simultanée et uniforme dans l'ensemble de la communauté », CJCE 7 février 1973, *Commission c. Italie*, 39/72, Rec. p. 101, points 16 et 17 p. 113-114. Voir également CJCE 2 février 1977, *Amsterdam Bulb B.V. c. Produktschap voor Siergewassen*, 50/76, Rec. p. 137, point 4 p. 146 : « l'applicabilité directe d'un règlement communautaire exige que son entrée en vigueur et son application en faveur ou à la charge des sujets de droit se réalisent sans aucune mesure portant réception dans le droit national ».

⁶³⁹ L'article premier du traité de Lisbonne prévoit que la coopération policière et judiciaire en matière pénale s'effectue « conformément à la procédure législative ordinaire », à laquelle le Parlement européen participe. À partir de l'entrée en vigueur de ce traité, le Conseil ne procède donc plus par voie de décision-cadre.

dans les droits nationaux des actes de l'Union européenne. Avant que le terme de transposition ne s'impose de manière définitive, de nombreux vocables ont été employés pour désigner l'opération⁶⁴⁰ : mise en œuvre, mise en vigueur⁶⁴¹, réception, application, exécution⁶⁴², implémentation, traduction⁶⁴³, translation⁶⁴⁴, transcription, introduction⁶⁴⁵, etc. La transposition est ainsi considérée comme une obligation spécifique à l'ordre juridique de l'Union européenne, dont il est nécessaire de déterminer la définition (Paragraphe I), avant d'en préciser plus concrètement le contenu (Paragraphe II).

Paragraphe I : La notion d'obligation de transposition

L'obligation de transposition découle de l'obligation de résultat posée par la directive et implique toute une série de conséquences juridiques diverses, notamment une obligation principale de faire selon laquelle les États membres doivent assurer l'exécution des normes de l'Union européenne⁶⁴⁶. Les États destinataires d'une directive européenne doivent lui conférer son plein effet dans

⁶⁴⁰ Comme l'observent, entre autres, Robert KOVAR (*op. cit.*, spé. p. 361), Jérôme PORTA (*La réalisation du droit communautaire : Essai sur le gouvernement juridique de la diversité*, t. 1, Paris, L.G.D.J., Collection des thèses, 2008, spé. p. 119) et Denys SIMON (*La directive européenne*, Paris, Dalloz, Connaissance du droit, 1997, spé. p. 34).

⁶⁴¹ CJCE 5 avril 1979, *Ministère public c. Tullio Ratti*, 148/78, Rec. p. 1629 ; point 14 p. 1641 : « les États membres devaient mettre en vigueur cette directive 73/173/CEE selon son article 11, dans un délai de 18 mois à compter de sa notification ».

⁶⁴² CJCE 5 avril 1979, *Ministère public c. Tullio Ratti*, 148/78, Rec. p. 1629 ; point 22 p. 1642 : « l'État membre qui n'a pas pris, dans les délais, les mesures d'exécution imposées par la directive ».

⁶⁴³ KOVAR R., *Observations sur l'intensité normative des directives*, in *Du droit international au droit de l'intégration*, Liber Amicorum Pierre PESCATORE, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1987, p. 359 à 372, p. 361 : « l'opération réalisant la traduction des directives en droit interne ». CJCE 6 mai 1980, *Commission c. Belgique*, 102/79, Rec. p. 1473, point 12 p. 1487 : « l'exécution des directives communautaires doit être assurée par des mesures d'application appropriées, prises par les États membres. (...) ce n'est que dans des circonstances particulières, notamment dans le cas où un État membre aurait omis de prendre les mesures d'exécution requises, ou adopté des mesures non conformes à une directive, que la Cour a reconnu le droit, pour les justiciables, d'invoquer en justice une directive ». La Cour se réfère également, au point 14 (p. 1487), aux « procédures nécessaires en vue de traduire les directives en des normes internes ».

⁶⁴⁴ KOVAR R., *op. cit.*, p. 361 : « la nature de l'opération réalisant la translation du contenu normatif des directives en droit interne ».

⁶⁴⁵ CJCE 5 avril 1979, *Ministère public c. Tullio Ratti*, 148/78, Rec. p. 1629 ; point 23 p. 1642 : la « directive non introduite dans l'ordre juridique interne ».

⁶⁴⁶ SIMON D., *La directive européenne*, Paris, Dalloz, Connaissance du droit, 1997 ; ZOLYNSKY C., *Méthode de transposition des directives communautaires : Étude à partir de l'exemple du droit d'auteur et des droits voisins*, Paris, Dalloz, Nouvelle bibliothèque des Thèses, 2007.

leur système juridique national en en assurant l'exécution la transposition constituant une première étape. L'identification de la notion d'obligation de transposition implique d'en déterminer la nature (A) et d'en analyser les fondements (B).

A - La nature de l'obligation de transposition des directives européennes

La notion de transposition ne connaît cependant pas de définition claire et positive, elle est perçue comme une conséquence de la notion de directive. L'acceptation de la notion de directive européenne conditionne ainsi tant la manière dont est entendue l'obligation de transposition que la manière dont elle est exécutée. Cependant, la pratique des institutions européennes et la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne mènent à une confusion des contours du concept de directive, qui est de plus en plus difficile à distinguer de celui de règlement du fait du recours à des directives adressées à tous les États-membres et à un contenu particulièrement détaillé. Plus encore, cette notion a connu successivement deux lectures différentes et concurrentes⁶⁴⁷ : la première est externe au droit de l'Union et se fonde sur des référents du droit international et notamment à sa doctrine dualiste (1) ; la seconde, est interne et se réfère à la jurisprudence de la Cour de justice (2).

1. La conception originelle de la directive conduit à une acception particulière de la notion de transposition

L'étude de la directive européenne se fonde, à l'origine, sur la référence aux mécanismes du droit international classique. En effet, la thèse traditionnelle envisage les États comme les sujets du droit international, accordant la prévalence au volontarisme du droit international et à la souveraineté des États. Une application immédiate du droit international en droit interne est dès lors exclue, le droit international ne peut valoir pour les individus que s'il est introduit de manière expresse dans l'ordre juridique interne. La force obligatoire du droit international

⁶⁴⁷ PORTA J., *La réalisation du droit communautaire : Essai sur le gouvernement juridique de la diversité*, t. 1, Paris, L.G.D.J., Collection des thèses, 2008, spé. p. 102 à 147.

dépend totalement de la réalisation d'une opération de réception. L'exécution de la directive européenne par ses destinataires, les États, doit commencer par la réception de la norme au moyen d'une transposition. Dans un cadre théorique fondé sur les mécanismes du droit international classique, la transposition est envisagée comme la médiation nécessaire à l'intégration de la directive dans l'ordre juridique interne. Cette lecture externe ou « exogène » de la directive se fonde sur une interprétation opposant les alinéas 2 et 3 de l'article 288 du T.F.U.E. (a) et sur une assimilation de la transposition à la réception du droit international par une mesure interne dans les systèmes dualistes (b). Enfin, les enjeux relatifs au partage des compétences entre l'Union européenne et les États renforcent la perception « dualiste » de l'opération de transposition (c).

a. La directive européenne comme exact inverse du règlement européen

La lecture externe part de l'article 288 du T.F.U.E. pour opposer le règlement à la directive européenne. En stipulant que « *le règlement a une portée générale. Il est obligatoire dans tous ses éléments et il est directement applicable dans tout État membre* », l'alinéa 2 est interprété comme décrivant des caractéristiques dont la directive est dépourvue, le texte de l'alinéa 3 donne ainsi lieu à une interprétation *a contrario*. Par sa nature d'acte à portée générale, obligatoire dans tous ses éléments et directement applicable dans tous les États membres, le règlement européen est « *l'instrument privilégié d'exercice de la fonction législative communautaire* »⁶⁴⁸. Il emprunte donc à la technique législative du droit interne et est envisagé selon des logiques propres à ce droit. La directive européenne est, en outre, perçue comme un acte juridique au contenu nécessairement incomplet du fait de l'opposition entre le résultat à atteindre et le choix de la forme et des moyens. Si le règlement européen est par nature explicitement reconnu directement applicable, la directive ne saurait l'être, en vertu

d'une interprétation *a contrario*. « Selon certains, l'incomplétude normative de la directive, révélée par les termes de l'article 189 du traité, déterminerait une incapacité congénitale de la production d'effets directs »⁶⁴⁹.

b. La transposition envisagée comme mesure de réception du droit européen en droit interne

À partir du début des années 1970, la jurisprudence européenne refuse le schéma initial en estimant qu'il n'était pas pertinent de dénier par principe, sans distinction, tout effet direct à toutes les directives. Mais elle rejoint l'analyse internationale classique en liant la reconnaissance de l'effet direct au caractère suffisamment clair et précis des dispositions de la directive⁶⁵⁰. L'effet direct de la directive dépend de la nécessité de sa concrétisation en droit interne. Réciproquement, en inscrivant ces difficultés dans les perspectives du droit national, il apparaît que l'ordre juridique ne semble conférer de valeur normative qu'à une formulation qu'il a lui-même reconnue en tant que règle juridique. Cette reconnaissance s'opère, pour la doctrine internationaliste, au moyen d'une incorporation matérielle de l'énoncé dans le corps de règles juridiques national. Dans ce cadre, la transposition en droit interne a pour effet de conférer une applicabilité directe aux dispositions de la directive, en l'intégrant au système juridique national, et revêt une fonction de réception. Cet aspect reste pourtant formel et contredit par la pratique des institutions européennes édictant des directives détaillées.

⁶⁴⁸ SIMON D., *Le système juridique communautaire*, Paris, P.U.F., Collection Droit fondamental, 3^e éd., 2001, p. 319. CJCE 20 mars 1959, *Firme J. Nold K.G. c. Haute Autorité de la C.E.C.A.*, 18/57, Rec. p. 89, p. 113 : les décisions générales du traité C.E.C.A. sont des actes « quasi-législatifs ». CJCE 17 décembre 1970, *Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel c. Köster et Berodt & Co.*, 25/70, Rec. p. 1161, point 26 p. 1177 : « législateur communautaire ». Voir également CJCE 27 octobre 1992, *Allemagne c. Commission*, C-240/90, Rec., I, p. 5383.

⁶⁴⁹ KOVAR R., *op. cit.*, p. 360.

⁶⁵⁰ CJCE 6 octobre 1970, *Franz Grad c. Finanzamt Traunstein*, 9/70, Rec. p. 825 ; et CJCE 4 décembre 1974, *Yvonne Van Duyn c. Home Office*, 41/74, Rec. p. 1337.

c. La directive européenne comme instrument de concrétisation du partage des compétences entre l'Union européenne et les États membres

Par ailleurs, en tant qu'instrument d'harmonisation des législations nationales, la directive est conçue comme un acte juridique de moindre contrainte. La pratique des institutions européennes dément très rapidement cette conception : les dispositions des directives sont souvent particulièrement détaillées, dépassant la simple formulation d'un objectif juridique et limitant la compétence des États membres. Ces évolutions ont fait l'objet, lors de la crise de 1965, de critiques du gouvernement français exprimées par Maurice COUVE DE MURVILLE⁶⁵¹. La nécessité de construire une autre doctrine, selon laquelle la directive est pourvue d'une force juridique inférieure à celle du règlement, se fait sentir. Son intérêt principal est de permettre de définir le partage des compétences européennes et nationales. La directive est considérée comme un instrument privilégié d'harmonisation qui exerce une contrainte douce sur les droits nationaux, là où le règlement est un instrument d'unification.

La construction doctrinale fondée sur le droit international classique se concentre sur la concrétisation du partage des compétences entre l'Union européenne et les États membres. Cette concrétisation se détermine à partir de la structure duale d'opposition entre le but et les moyens de la directive. L'adoption d'une telle perception justifierait que l'édiction d'une directive trop détaillée soit considérée comme une violation du partage des compétences et, par conséquent, soit sanctionnée. L'idée est justifiée par la position de la Cour de justice qui considère ne pas être liée par la dénomination de l'acte et n'hésite pas à le requalifier en se fondant sur son contenu⁶⁵².

⁶⁵¹ Bulletin CEE 1966, n° 3.

⁶⁵² CJCE 23 avril 1986, *Parti écologiste « Les Verts » c. Parlement européen*, 294/83, Rec. p. 1339. Cependant, l'opération de requalification n'est effectuée par le juge de l'Union européenne que dans le but d'apprécier la recevabilité d'un recours en annulation, et il n'est pas assuré que la Cour étende la portée de cette jurisprudence.

Une variante à cette conception serait de proposer une fonction interprétative à l'article 288 alinéa 3 du T.F.U.E., et d'en déduire qu'au sein d'une seule et même directive, certains énoncés seraient qualifiables de prescriptifs d'un résultat à atteindre et d'autres de simples précisions facultatives relatives aux formes et aux moyens. La marge de manœuvre des États membres trouve dans ces dernières toute son amplitude. Cette conception doctrinale de la directive européenne conduirait à conférer à l'opération de transposition une fonction particulière, de transformation d'un énoncé finaliste (à la juridicité contestée) en règle de droit au sens « classique ». La transposition est donc perçue non pas comme une réception mais comme un moyen « d'ajouter de la normativité » à la directive européenne.

Les lectures externes, inspirées du droit international classique et de sa doctrine dualiste, ont pour effet un risque de mettre en danger l'harmonisation des droits des États membres. De surcroît, elles manquent de pertinence eu égard aux évolutions du droit de l'Union européenne. La conception de la transposition comme réception devient erronée, et une « *lecture endogène, dite technique ou communautaire* »⁶⁵³ de la directive se développe.

2. La conception actuelle aboutit à ce que l'opération de transposition soit fonction de la formulation de la directive

La lecture « européenne » de la directive se positionne en rupture avec la doctrine internationaliste et sa conception *a priori* de la nature du droit de l'Union européenne. Elle implique un important changement de démarche. La construction de la notion de directive et, partant, d'une nouvelle conception de la transposition, se fonde sur la description des effets du droit européen à partir de la pratique institutionnelle et des arrêts de la Cour de justice. Un des premiers éléments traduisant cette évolution est l'adoption définitive du terme de transposition et son emploi exclusif concernant les directives européennes, qui a pour but d'exprimer la

⁶⁵³ PORTA J., *La réalisation du droit communautaire : Essai sur le gouvernement juridique de la diversité*, t. 1, Paris, L.G.D.J., Collection des thèses, 2008, p. 116. Selon la terminologie employée par Guy ISAAC, *Le juge administratif français et les directives communautaires*, note sous CE Ass. 22 décembre 1978, *Ministre de l'Intérieur c. Cohn-Bendit*, C.D.E., 1979, p. 265 à 290, spé. p. 278 à 286.

spécificité de « l'opération par laquelle l'État membre destinataire d'une directive communautaire procède à l'adoption des mesures nécessaires à sa mise en œuvre »⁶⁵⁴. Un des seconds éléments est la reconnaissance d'un effet direct conditionné de la directive non transposée en droit interne.

La notion de résultat à atteindre ne peut constituer un critère opératoire de partage entre les compétences de l'Union européenne et les compétences nationales. L'opposition abstraite entre le résultat à atteindre et les moyens pour y parvenir s'avère particulièrement difficile à réaliser de manière pertinente et peu opératoire en pratique. La détermination des éléments relevant de l'une ou l'autre qualification ne peut se faire que de manière casuistique, *in concreto*. L'appréciation de ce résultat connaît des divergences selon qu'elle est faite par les institutions européennes, soucieuses de l'effet utile des actes de l'Union, ou par les pouvoirs publics nationaux, souhaitant préserver la souveraineté étatique ; ce qui relève des problématiques topiques de la confrontation des systèmes. Dans ce contexte, la Cour de justice contredit la position classique selon laquelle les normes finalistes ne jouiraient pas d'une normativité complète, en affirmant : « les dispositions d'une directive ont à l'égard des États membres destinataires un effet non moins contraignant que celui d'une autre règle du droit communautaire »⁶⁵⁵.

Certaines directives apparaissent particulièrement précises et détaillées, ce qui réduit considérablement la marge de manœuvre des États membres, comme le constate le Conseil d'État dès 1992⁶⁵⁶. De plus, certaines interprétations de la Cour de justice peuvent avoir pour effet de réduire la transposition à une transcription, voire à une copie de la directive⁶⁵⁷. La Cour déduit dans de tels cas qu'« il faut en conclure que (...) la directive ne ménage pas de marge d'appréciation aux instances nationales, de sorte

⁶⁵⁴ SIMON D., *op. cit.*, p. 34.

⁶⁵⁵ CJCE 21 juin 1973, *Commission c. Italie*, 79/72, Rec. p. 667 ; Somm. p. 667 et point 7 p. 672.

⁶⁵⁶ Conseil d'État, Rapport public annuel 1992, *Le droit communautaire*, E.D.C.E., n°44, Paris, La Documentation française, 1993, p. 21-22 : « aujourd'hui les directives communautaires sont aussi précises sur les moyens que sur les objectifs ; entre leurs longs considérants, leur dispositif complexe, et leurs annexes volumineuses, elles ressemblent moins à des lois – ou, a fortiori, aux lois-cadres qu'elles devaient être initialement – qu'à des catalogues et des modes d'emploi ».

que les termes de la directive doivent prévaloir sur les dispositions qui seraient incompatibles avec elle dans chaque État membre »⁶⁵⁸. Le but fixé par la directive a pour effet de réduire la transposition à une reproduction du contenu de la directive par l'édition d'une norme interne. Cependant, toutes les directives ne sont pas aussi détaillées et précises. Leur géométrie est variable⁶⁵⁹ et leur formulation conditionne l'ampleur de la transposition⁶⁶⁰. Ainsi, la Cour rappelle régulièrement que la « *transposition en droit interne d'une directive n'exige pas nécessairement la reprise formelle et textuelle de ses dispositions dans une disposition légale, expresse et spécifique* »⁶⁶¹.

Théoriquement, la directive européenne se définit comme un acte juridique exprimant des normes non directement applicables, non pas au moyen du critère de son contenu, mais par référence au traité qui pose une norme créant la catégorie juridique. Les directives européennes dérivent du traité, et les causes de l'absence d'applicabilité directe de leurs dispositions leur sont extérieures. Mais certaines directives, en particulier posant les normes techniques utiles à la mise en place du Marché commun, sont très précises et détaillées, ce qui réduit la marge de manœuvre des États membres au point que la transposition devient une copie du contenu de la directive. Dans ces hypothèses, il est pertinent de se demander si les autorités publiques ne se retrouvent pas dans une situation similaire à celle de l'exécution de la loi nationale⁶⁶². D'autres, en revanche, ne possèdent pas ce caractère détaillé, leur transposition revêtira donc davantage la forme d'une co-élaboration normative.

⁶⁵⁷ Tel est le cas de l'affaire *Enka* relative à une directive dont le résultat à atteindre était l'application uniforme du tarif douanier commun : CJCE 23 novembre 1977, *Enka c. Inspecteur der Invoerrechten en Accijnzen*, 38/77, Rec. p. 2203.

⁶⁵⁸ A l'occasion d'une disposition de la directive relative aux marchandises qui ont résidé en entrepôt sur le territoire de l'Union européenne, CJCE 23 novembre 1977, précité, point 17 p. 2213.

⁶⁵⁹ KOVAR R., *op. cit.* ; PORTA J., *op. cit.*, p. 103 ; SIMON D., *op. cit.*, en particulier p. 49 et 50.

⁶⁶⁰ Comme le constate D. SIMON, *op. cit.*, p. 49.

⁶⁶¹ Notamment CJCE 9 avril 1987, *Commission c. Italie*, 363/85, Rec. p. 1733, Somm. p. 1733, point 7 p. 1742 ; et CJCE 23 mai 1985, *Commission c. République Fédérale d'Allemagne*, 29/84, Rec. p. 1661.

⁶⁶² Voir *infra*, Section II, Paragraphe I : L'obligation de mise en œuvre p. 232.

B – Les fondements de l’obligation de transposition des directives européennes

L’obligation de transposition repose sur un double fondement juridique, consacré par le droit de l’Union européenne et le droit constitutionnel (2).

1. Les fondements européens

L’article 288 du Traité sur le fonctionnement de l’Union européenne reste muet sur la question de l’applicabilité directe de la directive et ne mentionne pas l’obligation de transposition en tant que telle. La question de l’applicabilité de la directive en droit interne trouve sa solution dans l’interprétation de ses termes et dans les dispositions mêmes des différentes directives. La Cour de justice utilisait également par combinaison l’article 10, alinéa 1^{er}, du Traité instituant la Communauté européenne comme fondement de l’obligation de transposition⁶⁶³, désormais abrogé et remplacé en substance par l’article 4, paragraphe 3, du traité sur l’Union européenne⁶⁶⁴. La combinaison de ces deux articles figurait régulièrement dans les dispositions finales des directives⁶⁶⁵. Les fondements subsidiaires de l’obligation de transposition résident dans le texte des directives européennes.

2. Les fondements français

En droit français, l’obligation de transposition fait l’objet d’une consécration récente par la jurisprudence du Conseil constitutionnel. La célèbre décision relative à la loi pour la confiance dans l’économie numérique déduit de l’article 88-1 de la Constitution que la transposition d’une directive est une obligation

⁶⁶³ « Les États membres prennent toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l’exécution des obligations découlant du présent traité ou résultant des actes des institutions de la Communauté. Ils facilitent à celle-ci l’accomplissement de sa mission. ».

⁶⁶⁴ « En vertu du principe de coopération loyale, l’Union et les États membres se respectent et s’assistent mutuellement dans l’accomplissement des missions découlant des traités ».

⁶⁶⁵ CONSTANTINESCO V., *L’article 5 CEE, de la bonne foi à la loyauté communautaire*, in *Du droit international au droit de l’intégration*, Liber Amicorum Pierre PESCATORE, Baden-Baden, Nomos, 1987, p. 97 à 114, p. 110 : l’utilisation de cette combinaison sert « à renforcer une obligation préexistante comme à fonder, en l’absence de règles spécifiques, une sorte d’obligation de diligence à la charge des États ».

constitutionnelle⁶⁶⁶. La loi constitutionnelle du 25 juin 1992, inspirée par la décision du Conseil constitutionnel relative au Traité de Maastricht⁶⁶⁷, a ajouté un article 88-1 à la Constitution, dont l'alinéa premier dispose, dans sa rédaction originelle, que « *la République participe aux Communautés européennes et à l'Union européenne, constituées d'États qui ont choisi librement, en vertu des traités qui les ont instituées, d'exercer en commun certaines compétences* »⁶⁶⁸.

Or, l'article 55 de la Constitution est d'application identique pour les normes conventionnelles d'origine externe, qu'elles soient issues du droit de l'Union européenne ou non. L'affirmation de l'exigence constitutionnelle de transposition des directives a pour effet de reconnaître une autonomie au droit européen par rapport aux autres engagements internationaux de la France, et de lui conférer un statut distinct et spécifique. La considération du droit de l'Union européenne comme droit autonome se confirme par la décision relative au traité instituant une Constitution pour l'Europe, dans laquelle le Conseil, après avoir rappelé les dispositions de l'article 88-1, explique que « *le constituant a ainsi consacré l'existence d'un ordre juridique communautaire intégré à l'ordre juridique interne et distinct de l'ordre juridique international* »⁶⁶⁹. Dans le cadre de son contrôle des lois de transposition, le Conseil constitutionnel précise parfois que « *la transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle* »⁶⁷⁰.

⁶⁶⁶ CC n° 2004-496 DC, 10 juin 2004, *Loi sur la confiance dans l'économie numérique*, Rec. p. 101, considérant 7, p. 103 à 104 ; L.P.A., n° 122, 18 juin 2004, p. 10, note J.-E. SCHOETTL, p. 12 ; R.F.D.A., p. 651, note B. GENEVOIS : « *la transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle à laquelle il ne pourrait être fait obstacle qu'en raison d'une disposition expresse contraire de la Constitution ; qu'en l'absence d'une telle disposition, il n'appartient qu'au juge communautaire, saisi le cas échéant à titre préjudiciel, de contrôler le respect par une directive communautaire tant des compétences définies par les traités que des droits fondamentaux garantis par l'article 6 du Traité sur l'Union européenne* ».

⁶⁶⁷ CC n° 92-308 DC, 9 avril 1992, *Traité sur l'Union européenne*, Rec. p. 55.

⁶⁶⁸ Suite à la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 et depuis l'entrée en vigueur, le 1^{er} décembre 2009, du traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne, signé le 13 décembre 2007, la formulation actuelle de l'article 88-1 est légèrement différente.

⁶⁶⁹ CC n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, Rec. p. 173, considérant 11, p. 175 ; G.D.C.C., n° 31.

⁶⁷⁰ CC n° 2004-496 DC, 10 juin 2004, *Loi sur la confiance dans l'économie numérique*, Rec. p. 101, considérant 7, p. 103 à 104.

La notion d'obligation de transposition est complexe et difficile à établir de manière systématisée, notamment en ce que la pratique à laquelle elle correspond est hétérogène et riche. La distinction entre transposition et mise en œuvre devient fragile. L'approche théorique du concept ne suffit pas à en déterminer concrètement les diverses implications.

Paragraphe II : Les contours de l'obligation de transposition

L'obligation de transposition découle de l'obligation de résultat posée par les directives européennes. *In abstracto*, elle peut se définir comme « l'obligation imposée aux États membres de prendre toutes mesures nationales propres à garantir la pleine effectivité de la directive dans leur ordre interne »⁶⁷¹. Comme il a déjà été précisé, l'intensité juridique de la directive a d'importants effets sur l'ampleur de la transposition. Les formulations énoncées par les différentes directives européennes peuvent être impératives ou facultatives. Dans le cas des secondes, est-il toujours judicieux d'y associer une obligation de transposition ? Plusieurs directives européennes comprennent des dispositions précises mais laissent explicitement le choix aux États membres de les transposer ou non dans leur ordre juridique interne. L'opération de transposition dépend, pour ce type de règles, du pouvoir discrétionnaire des États : à défaut de volonté de transposition, les normes sont inapplicables dans l'ordre juridique national. Ce contexte juridique détermine une harmonisation facultative, par opposition à une harmonisation impérative⁶⁷². Toutefois, le caractère facultatif ne porte que sur le choix de transposer ou de ne pas transposer les dispositions de la directive et non pas sur la forme ou le contenu de l'opération de transposition, dès lors qu'elle est retenue par l'État membre : « si le principe de la transposition est libre, le contenu de la norme reste intangible »⁶⁷³. Une fois le choix de la transposition arrêté, l'opération est soumise aux mêmes règles que dans l'hypothèse d'une harmonisation impérative.

⁶⁷¹ ZOLYNSKI C., *op. cit.*, p. 139.

⁶⁷² ZOLYNSKI C., *op. cit.*, note 28, en particulier p. 143 à 148.

⁶⁷³ ZOLYNSKI C., *op. cit.*, précité note 28, p. 146.

Les directives et leurs formulations sont, de nos jours, d'une extrême diversité, reflétant l'élargissement de l'intervention européenne à de nouveaux domaines. Ces développements de l'Union européenne entraînent une multiplication et un renouvellement des obligations tirées des directives, ainsi qu'un renforcement des exigences pesant sur l'aspect concret de la transposition. L'opération de transposition implique, selon l'état de la réglementation nationale et la formulation de la directive, d'autres obligations précises, relatives tant à la forme (A) qu'au contenu de l'acte de transposition (B).

A - La forme de la transposition

L'opération de transposition exige le respect de règles formelles à l'importance croissante. Elles sont principalement relatives aux délais (1), aux procédures nationales de transposition (2) et à la volonté d'identifier le droit de l'Union européenne comme tel (3).

1. L'obligation de respecter les délais de transposition

Les textes des diverses directives européennes prévoient un délai dans lequel les États membres doivent satisfaire à leur obligation de transposition. Le respect de ce délai permet à l'exécution de la directive d'être uniformément assurée dans l'ensemble de l'Union. La durée de ce délai varie d'une directive à l'autre, en moyenne de un an à dix-huit mois⁶⁷⁴. De plus, les États membres peuvent bénéficier de délais de transposition différents, en particulier dans les hypothèses d'application de l'article 27 du T.F.U.E.⁶⁷⁵. Dans les cas où la directive ne fixe pas de délai pour être transposée en droit interne, les États membres doivent la transposer dans un délai « raisonnable », propre à la garantie de son effet utile⁶⁷⁶.

⁶⁷⁴ DINTILHAC F., Répertoire communautaire, Encyclopédie Dalloz, Fascicule « *Rapprochement des législations* », août 2006.

⁶⁷⁵ Prévoyant que, dans les domaines relatifs au marché intérieur, les propositions de la Commission sont adaptées à la situation de certaines économies et peuvent comporter des dérogations.

⁶⁷⁶ CJCE 2 juin 2005, *Commission c. Irlande*, C-282/02, Rec., I, p. 4653, point 31 ; p. 4666.

Le délai de transposition court à partir de la date d'entrée en vigueur de la directive, qui peut être la date de publication de la directive, la date de réception de la notification aux États destinataires, ou encore la date fixée par la directive elle-même. En revanche, selon une jurisprudence constante de la Cour de justice, « les règles de procédure sont généralement censées s'appliquer à tous les litiges pendant au moment où elles entrent en vigueur, à la différence des règles de fond qui sont habituellement interprétées comme ne visant pas des situations acquises antérieurement à leur entrée en vigueur »⁶⁷⁷. Par conséquent, les dispositions d'une directive européenne susceptibles d'avoir la qualité de règles de procédure (par opposition aux règles de fond) peuvent s'appliquer dès la date d'entrée en vigueur de cette directive⁶⁷⁸. Les États membres ont la possibilité d'adopter des mesures de transposition par anticipation, mais restent en principe libres de revenir sur ces mesures ou de les modifier avant l'échéance fixée⁶⁷⁹. Il est intéressant de constater qu'avant la date de l'acte de transposition, l'entrée en vigueur de la directive ne peut, en elle-même, produire pour les individus des effets de confiance légitime de nature à leur permettre de se dispenser du respect de la réglementation nationale encore inchangée⁶⁸⁰. Selon la même logique, dans un tel cas, la directive ne peut avoir d'effet à l'égard d'un autre État membre⁶⁸¹.

En outre, un État transposant tardivement une directive ne peut, dans l'acte de transposition, dispenser les destinataires des obligations en découlant par une mesure transitoire applicable entre la date limite de mise en œuvre de la directive et la date d'entrée en vigueur de l'acte de transposition⁶⁸². La question du délai de

⁶⁷⁷ CJCE 1^{er} juillet 2004, *Elliniko Dimosio c. Nikolaos Tsapalos et Konstantinos Diamantakis*, aff. jointes C-361/02 et C-362/02, Rec., I, p. 6405, point 19 p. 6424. Voir également CJCE 12 novembre 1981, *Amministrazione delle finanze dello Stato c. Srl. Meridionale Industria Salumi et autres, Ditta Italo Orlandi & Figlio et Ditta Vincenzo Divella c. Amministrazione delle finanze dello Stato*, 212/80 à 217/80, Rec. p. 2735, point 9 p. 2751; CJCE 6 juillet 1993, *C.T. Control (Rotterdam) B.V. et J.C.T. Benelux c. Commission*, C-121/91 et C-122/91, Rec., I, p. 3873, point 22 p. 3907 ; et CJCE 7 septembre 1999, *De Haan Beheer B.V. c. Inspecteur der Invoerrechten en Accijnzen te Rotterdam*, C-61/98, Rec., I, p. 5003, point 13 p. 5034.

⁶⁷⁸ CJCE 1^{er} juillet 2004, *Elliniko Dimosio c. Nikolaos Tsapalos et Konstantinos Diamantakis*, aff. jointes C-361/02 et C-362/02, Rec., I, p. 6405.

⁶⁷⁹ CJCE 6 octobre 1970, *Franz Grad c. Finanzamt Traunstein*, 9/70, Rec. p. 825.

⁶⁸⁰ CJCE 5 avril 1979, *Ministère public c. Tullio Ratti*, 148/78, Rec. p. 1629 ; point 46 p. 1645.

⁶⁸¹ CJCE 5 avril 1979, précité, point 45 p. 1645.

⁶⁸² CJCE 9 août 1994, *Bund Naturschutz in Bayern et autres*, C-396/92, Rec., I, p. 3717.

transposition de la directive devient cruciale dans la mesure où elle emporte des effets importants sur la possibilité de l'invoquer. Ainsi, avant l'échéance prévue et en l'absence d'une transposition, la Cour, saisie d'une question préjudicielle, estime qu'une directive européenne n'est pas invocable devant une juridiction nationale⁶⁸³. Réciproquement, un éventuel effet direct de la directive européenne ne constitue pas une justification de nature à permettre de ne pas remplir pleinement, dans les délais prévus, l'obligation de transposition de la directive⁶⁸⁴.

De manière générale, la Cour de justice apprécie strictement la question du respect des délais de transposition, en rejetant les arguments développés par les États, que ceux-ci se fondent sur des éléments externes ou internes à la directive litigieuse. Par le jeu des principes de primauté et d'autonomie, « un État membre ne saurait exciper de dispositions pratiques ou situations de son ordre juridique interne pour justifier le non-respect des obligations résultant des directives communautaires »⁶⁸⁵. De même, l'argument tiré de l'absence de réciprocité de la part des autres États membres ne respectant pas leurs obligations de transposition est totalement inopérant⁶⁸⁶. Les principaux arguments relevant de la directive elle-même n'emportent pas davantage l'adhésion de la Cour de justice qui estime que, dans le cas où le délai imposé est considéré comme trop bref par l'État membre, il lui appartient de prendre « les initiatives appropriées en vue d'obtenir que soit arrêtée, par l'institution communautaire compétente, la prorogation nécessaire du délai »⁶⁸⁷. Enfin, la justification tirée des

⁶⁸³ CJCE 15 mars 2001, *Mazzoleni et Inter Surveillance Assistance S.A.R.L.*, C-165/98, Rec., I, p. 2189, point 17 p. 2219.

⁶⁸⁴ CJCE 6 mai 1980, *Commission c. Belgique*, 102/79, Rec. p. 1473.

⁶⁸⁵ Notamment, CJCE 2 février 1982, *Commission c. Belgique*, 68/81, Rec. p. 153 ; CJCE 2 février 1982, *Commission c. Belgique*, 69/81, Rec. p. 163 ; CJCE 2 février 1982, *Commission c. Belgique*, 70/81, Rec. p. 169 ; CJCE 2 février 1982, *Commission c. Belgique*, 71/81, Rec. p. 175 ; CJCE 2 février 1982, *Commission c. Belgique*, 72/81, Rec. p. 183 ; CJCE 2 février 1982, *Commission c. Belgique*, 73/81, Rec. p. 189 ; et plus récemment, CJCE 10 avril 2003, *Commission c. France*, C-114/02, Rec., I, p. 3783.

⁶⁸⁶ CJCE 26 février 1976, *Commission c. Italie*, 52/75, Rec. p. 277, point 11 p. 284 : « les retards éventuels pris par d'autres États membres dans l'exécution des obligations imposées par une directive ne sauraient être invoqués par un État membre pour justifier l'inexécution, même temporaire, des obligations qui lui incombent ; qu'en effet, le traité ne s'est pas borné à créer des obligations réciproques entre les différents sujets auxquels il s'applique, mais a établi un ordre juridique nouveau qui règle les pouvoirs, droits et obligations desdits sujets, ainsi que les procédures nécessaires pour faire constater et sanctionner toute violation ».

⁶⁸⁷ CJCE 26 février 1976, *Commission c. Italie*, précité, point 12 p. 285.

difficultés liées à l'interprétation du texte de la directive n'est pas de nature à permettre aux États membres de différer la transposition au-delà des délais prévus⁶⁸⁸.

2. Les obligations relatives à l'acte de transposition

La liberté du choix de la forme et des moyens implique l'existence d'un choix de l'autorité publique compétente pour transposer la directive par l'édition d'un acte juridique. En fonction de la structure constitutionnelle des États membres, la compétence de transposition tout comme la compétence de mise en œuvre peuvent être exercées à un niveau régional ou local, par l'adoption d'un texte émanant d'un organe décentralisé⁶⁸⁹. Selon la formulation de la directive à transposer et l'état du droit national, l'édition d'un acte de transposition est nécessaire (a) ou non (b).

a. L'obligation d'édicter un acte de transposition

Le principe d'autonomie procédurale et institutionnelle implique une libre détermination par les États membres de la procédure de transposition. À ce principe s'ajoute la liberté dans le choix des formes et des moyens d'atteindre le résultat prescrit par la directive. Cependant, la transposition doit permettre aux directives européennes d'avoir un effet utile, de respecter la sécurité juridique et la transparence⁶⁹⁰. Les mesures de transposition doivent donc revêtir un caractère contraignant⁶⁹¹. La balance de ces deux intérêts a mené la Cour de justice à affirmer que « *la compétence laissée aux États membres, en ce qui concerne la forme et les moyens des mesures à prendre par les instances nationales, est fonction du résultat que le Conseil ou la Commission entendent voir atteindre* »⁶⁹².

⁶⁸⁸ CJCE 20 mars 2003, *Commission c. Allemagne*, C-135/01, Rec., I, p. 2837.

⁶⁸⁹ Notamment, CJCE 2 décembre 1986, *Commission c. Belgique*, 239/85, Rec. p. 3645 ; et CJCE 2 mai 1996, *Commission c. Belgique*, C-133/94, Rec., I, p. 2323.

⁶⁹⁰ CJCE 19 mai 1999, *Commission c. France*, C-225/97, Rec., I, p. 3011, point 37 p. 3042.

⁶⁹¹ Par exemple, CJCE 25 mai 1982, *Commission c. Pays-Bas*, 96/81, Rec. p. 1791, point 12 p. 1804.

⁶⁹² CJCE 23 novembre 1977, *Enka c. Inspecteur der Invoerrechten en Accijnzen*, 38/77, Rec. p. 2203 ; point 11 p. 2212.

La liberté de choix des formes et des moyens propres à atteindre l'objectif fixé par une directive empêche l'existence d'une obligation de transposition en un seul acte juridique interne. Plus encore, les différents résultats prescrits par une directive peuvent se retrouver dans plusieurs textes, occupant des places différentes dans la hiérarchie des normes internes. Cependant, l'obligation de transposition implique que les mesures adoptées par les États membres reflètent le contenu de la directive, mais aussi son autorité juridique. La Cour de justice précise que les dispositions de la directive litigieuse sont « destinées à être traduites dans des dispositions internes ayant la même valeur juridique que celles qui s'appliquent dans les États membres » à la matière considérée, puis que ces éléments doivent figurer dans des « dispositions équivalant à celles qui sont appliquées dans l'ordre interne en vue d'imposer le respect de prescriptions qualifiées "d'impératives" par le préambule même des deux directives-cadres »⁶⁹³. Mais, déduire de cette jurisprudence une exigence de parallélisme des normes n'est pas pertinent eu égard à certaines autres solutions⁶⁹⁴. La prévalence est donnée à l'effet utile des dispositions de la directive, par conséquent à l'équivalence des effets. Si l'exigence normative formelle ne relève pas parallélisme des normes, elle existe « parce qu'elle est la mieux à même d'éliminer toute incertitude sur la situation juridique existante en raison de la substitution de nouvelles normes conformes à la directive à celles qui s'appliquaient jusqu'alors »⁶⁹⁵. Dans le cadre de l'autre volet de la dialectique, la Cour estime que les pratiques administratives⁶⁹⁶ ou les circulaires administratives⁶⁹⁷ ne sont pas de nature à réaliser, par elles-mêmes, la transposition d'une directive européenne. Il en va évidemment de même s'agissant de simples pratiques des opérateurs économiques⁶⁹⁸. Dans le même souci d'effectivité, selon une jurisprudence

⁶⁹³ CJCE 6 mai 1980, *Commission c. Belgique*, 102/79, Rec. p. 1473, point 10 p. 1486 et point 12 p. 1487.

⁶⁹⁴ Comme le constate Robert KOVAR, *op. cit.*, en particulier p. 369 à 370. Il est possible de se référer, par exemple, à l'affaire CJCE 23 mai 1985, *Commission c. République Fédérale d'Allemagne*, 29/84, Rec. p. 1661, point 23 p. 1673.

⁶⁹⁵ KOVAR R., *op. cit.*, p. 371.

⁶⁹⁶ Par exemple, CJCE 6 mai 1980, *Commission c. Belgique*, 102/79, Rec. p. 1473, point 10 p. 1486 ; CJCE 15 mars 1983, *Commission c. Italie*, 145/82, Rec. p. 711, point 10 p. 718.

⁶⁹⁷ Par exemple, CJCE 3 mars 1988, *Commission c. Italie*, 116/86, Rec. p. 1323, point 14 p. 1338 ; CJCE 15 mars 1990, *Commission c. Pays-Bas*, C-339/87, Rec. p. 851 ; et CJCE 17 mai 2001, *Commission c. Italie*, C-159/99, Rec., I, p. 4007, point 32 p. 4040.

⁶⁹⁸ CJCE 11 octobre 2001, *Commission c. Pays-Bas*, C-254/00, Rec., I, p. 7567, point 7 p. 7575.

constante, les États membres ont l'obligation de choisir les formes et les moyens les plus appropriés en vue d'assurer l'effet utile des directives⁶⁹⁹.

En droit français, la transposition a d'emblée été comprise comme une compétence partagée, relevant du Parlement ou du Gouvernement en fonction du contenu de la directive. Ce choix de procédure est soumis à des critiques récurrentes, principalement de deux ordres. En premier lieu, la lenteur de la procédure parlementaire et l'encombrement de l'ordre du jour des assemblées risquent de provoquer des condamnations en manquement par la Cour de justice, particulièrement rigoureuse quant à la question du respect du délai alloué pour la transposition. En second lieu, les exigences de la transposition semblent incompatibles avec la discrétionnarité inhérente à l'exercice de la fonction législative. Par conséquent, de nombreuses mesures de transposition ont été adoptées par voie d'ordonnances de l'article 38 de la Constitution⁷⁰⁰. Cependant, le constat est à tempérer dans la mesure où le rôle parlementaire dans la transposition des directives se renforce. Les directives techniques et très détaillées ont perdu de l'importance dans la pratique européenne, le Parlement a vu croître ses possibilités d'intervention lors de la phase d'élaboration des directives, comme en témoigne l'ajout de l'article 88-4 à la Constitution de 1958⁷⁰¹. Pour autant, les retards dans la transposition des

⁶⁹⁹ CJCE 8 avril 1976, *Royer*, 48/75, Rec. p. 497, point 73 p. 519.

⁷⁰⁰ « Le Gouvernement peut, pour l'exécution de son programme, demander au Parlement l'autorisation de prendre par ordonnances, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi. Les ordonnances sont prises en conseil des ministres après avis du Conseil d'État. Elles entrent en vigueur dès leur publication mais deviennent caduques si le projet de loi de ratification n'est pas déposé devant le Parlement avant la date fixée par la loi d'habilitation. Elles ne peuvent être ratifiées que de manière expresse. À l'expiration du délai mentionné au premier alinéa du présent article, les ordonnances ne peuvent plus être modifiées que par la loi dans les matières qui sont du domaine législatif ».

⁷⁰¹ Dans sa rédaction initiale : « Le Gouvernement soumet à l'Assemblée Nationale et au Sénat, dès leur transmission au Conseil de l'Union européenne, les projets ou propositions d'actes des Communautés européennes et de l'Union européenne comportant des dispositions de nature législative. Il peut également leur soumettre les autres projets ou propositions d'actes ainsi que tout document émanant d'une institution de l'Union européenne. Selon les modalités fixées par le règlement de chaque assemblée, des résolutions peuvent être votées, le cas échéant en dehors des sessions, sur les projets, propositions ou documents mentionnés à l'alinéa précédent ».

directives restent cependant une préoccupation constante, qui justifie parfois un important recours aux lois d'habilitation⁷⁰².

b. L'absence de nécessité d'un acte de transposition

Le résultat imposé par la directive européenne à transposer peut être garanti par l'existence de normes non écrites, telles que des principes généraux du droit. En effet, le juge européen tire des dispositions de l'alinéa 3 de l'article 288 du T.F.U.E. que « *la transposition d'une directive n'exige pas nécessairement une action législative dans chaque État membre. En particulier, l'existence des principes généraux de droit constitutionnel ou administratif peut rendre superflue la transposition par des mesures législatives ou réglementaires spécifiques* »⁷⁰³. La Cour estime dans ce cas que la transposition de la directive peut ne pas être exigée, à condition que « *ces principes garantissent effectivement la pleine application de la directive par l'administration nationale et qu'au cas où la directive vise à créer des droits pour les particuliers, la situation juridique découlant de ces principes soit suffisamment précise et claire et que les bénéficiaires soient mis en mesure de connaître la plénitude de leurs droits et, le cas échéant, de s'en prévaloir devant les juridictions nationales* »⁷⁰⁴. Cette jurisprudence se module également par l'introduction de la notion de « *contexte juridique général* »⁷⁰⁵, développée par la Cour.

En dehors des facteurs internes, cette situation est plus aisément constituée lorsque la disposition de la directive à transposer est formulée de manière très générale et contient des règles susceptibles d'exister en tant que principes généraux

⁷⁰² Comme en témoigne le rapport d'information n° 1189 déposé par la délégation de l'Assemblée nationale pour l'Union européenne, sur la mise en œuvre de l'article 88-4 de la Constitution et les modifications susceptibles de lui être apportées : NALLET H., *L'article 88-4 de la Constitution : un bilan pour une réforme*, D.I.A.N. 51/98, 12 novembre 1998.

⁷⁰³ CJCE 23 mai 1985, *Commission c. République Fédérale d'Allemagne*, 29/84, Rec. p. 1661, point 23 p. 1673.

⁷⁰⁴ CJCE 23 mai 1985, *Commission c. République Fédérale d'Allemagne*, 29/84, Rec. p. 1661, point 23 p. 1673 ; mais également CJCE 15 mars 1990, *Commission c. Pays-Bas*, C-339/87, Rec., I, p. 851 ; CJCE 30 mai 1991, *Commission c. Allemagne*, C-361/88, Rec., I, p. 2567.

⁷⁰⁵ CJCE 15 novembre 2001, *Commission c. Italie*, C-49/00, Rec., I, p. 8575, point 21, p. 8607.

dans les ordres juridiques des États membres⁷⁰⁶. Mais cette possibilité ne peut se réaliser dans tous les domaines. Par exemple, les directives d'harmonisation des législations ou de normalisation, exigeant une exactitude dans la transposition des termes, ne peuvent qu'être exclues de cette hypothèse⁷⁰⁷. Tel est tout particulièrement le cas en matière d'harmonisation des règles techniques des produits. La position de la Cour de justice peut paraître surprenante, eu égard aux caractéristiques essentielles de la directive. Alors même que la transposition est la marque de la spécificité de la directive européenne – acte posant par essence des normes médiatees – la Cour admet des cas où la médiation serait « superflue ». Cette solution n'est en rien révélatrice d'un curieux laxisme de la Cour de justice, elle s'explique au regard du contrôle du respect par les États membres de leurs obligations : l'état du droit national doit être propre à assurer la pleine application de la directive européenne. De plus, les cas où un acte de transposition n'est pas estimé nécessaire restent rarement admis⁷⁰⁸.

3. Les obligations de transparence⁷⁰⁹

En droit de l'Union européenne, le mécanisme de transposition doit permettre d'identifier de manière claire et certaine les mesures prises par les États membres ayant pour but d'intégrer et de mettre en œuvre les prescriptions dans leur ordre juridique. En premier lieu, cette exigence procède de l'intention de permettre aux individus d'identifier les droits dont ils bénéficient comme relevant du droit de l'Union européenne. Cette volonté se traduit dans l'obligation de préciser l'origine des droits garantis dans la transposition (b). En second lieu, elle est une conséquence

⁷⁰⁶ CJCE 26 juin 2003, *Commission c. France*, C-233/00, Rec., I, p. 6625, point 81 p. 6682: « L'exigence d'une transposition spécifique serait d'une utilité pratique très réduite, étant donné que cette disposition est rédigée de manière très générale et énonce des règles qui revêtent le caractère de principes généraux communs aux ordres juridiques des États membres ».

⁷⁰⁷ Par exemple, au sujet du non-respect de la directive n° 79/409 relative à la conservation des oiseaux sauvages, CJCE 27 avril 1988, *Commission c. France*, C-252/85, Rec. p. 2243 ; concernant la transposition de la directive 86/609 relative à la protection des animaux utilisés à des fins expérimentales et scientifiques ; CJCE 12 septembre 2002, *Commission c. France*, C-152/00, Rec., I, p. 6973, et CJCE 16 janvier 2003, *Commission c. Pays-Bas*, C-205/01, Rec., I, p. 661.

⁷⁰⁸ SIMON D., *La directive européenne*, Paris, Dalloz, Connaissance du droit, 1997, en particulier p. 37-38.

⁷⁰⁹ Le terme est emprunté à D. SIMON, *op. cit.*, p. 45.

du souhait de faciliter le contrôle du droit de l'Union européenne, par les juges européen et interne, mais aussi par la Commission. Dans ce cadre, elle s'illustre par l'obligation d'information de la Commission (a).

a. L'obligation de communiquer le texte de transposition d'une directive européenne

À l'origine, l'obligation d'information de la Commission a un contenu purement formel. Les documents communiqués par les États membres sont peu approfondis, ceux-ci attendant l'ouverture d'une procédure en manquement pour préparer un rapport détaillé sur les mesures de transposition. La Commission se contente de vérifier que les documents lui sont parvenus dans les délais. Toutefois, la situation évolue vers un contrôle accru de la qualité des mesures de transposition, ce qui implique une plus grande rigueur de l'obligation d'information. Les directives européennes comprennent généralement une formule spécifique imposant aux États membres de communiquer à la Commission les textes de transposition : « *les États membres prennent les mesures nécessaires pour se conformer à la présente directive avant [la date de mise en œuvre]. Ils en informent immédiatement la Commission.* ». L'information communiquée à la Commission doit « *indiquer sans ambiguïté quelles sont les mesures législatives, réglementaires et administratives au moyen desquelles l'État membre considère avoir rempli les différentes obligations que lui impose la directive* »⁷¹⁰.

De plus, l'exercice parallèle « Mieux légiférer », initié par le Conseil européen de Lisbonne des 23 et 24 mars 2000, a donné lieu au Plan d'action de la Commission du 6 juin 2002 visant à simplifier et améliorer l'environnement réglementaire⁷¹¹, ainsi qu'à l'accord interinstitutionnel « Mieux légiférer » du 16 décembre 2003⁷¹², qui insistent sur la nécessité de joindre aux documents communiqués par les États membres des tableaux de concordance entre les dispositions de la directive et les mesures de transposition nationales. Cette idée est suivie et reprise par certaines

⁷¹⁰ CJCE 25 mai 1982, *Commission c. Pays-Bas*, 96/81, Rec. p. 1791, point 8 p. 1803.

⁷¹¹ COM [2002] 278.

⁷¹² Accord interinstitutionnel du Parlement européen, du Conseil et de la Commission, J.O.U.E., n° C 321, 31 décembre 2003.

directives qui envisagent la transmission de tels tableaux à la Commission⁷¹³. La Commission exprime également le désir de voir joindre aux textes la jurisprudence nationale leur donnant application, dans la mesure où elle joue un rôle fondamental dans la satisfaction des exigences de l'obligation de transposition. Enfin, la notification à la Commission des mesures nationales d'exécution doit être accompagnée d'une déclaration de conformité au droit de l'Union européenne, comme l'exige la recommandation de la Commission du 12 juillet 2004 relative à la transposition en droit national des directives ayant un impact sur le marché intérieur⁷¹⁴.

b. L'obligation de préciser l'origine des droits garantis dans la transposition

Le respect de l'obligation générale de transparence passe également par la mention ou par la référence à la directive dans le texte même de la transposition. La nécessité de cette précision est instaurée afin de s'assurer que les ressortissants des États membres puissent identifier l'origine des droits qu'ils sont susceptibles de tirer d'une directive. Il importe de connaître l'origine européenne du droit, dans la mesure où il existe des recours propres à l'ordre juridique de l'Union européenne pouvant être engagés en cas de méconnaissance des dispositions d'une directive par un État membre. Cette obligation d'information peut être analysée comme une conséquence du principe de primauté du droit de l'Union européenne sur le droit interne. Ainsi, une formule standardisée et spécifique est inscrite de manière systématique dans le texte de la directive. L'énoncé oblige les États membres concernés à viser expressément la directive dans les mesures nationales de transposition, ou à joindre à celles-ci une telle référence lors de leur publication : « lorsque les États membres adoptent ces dispositions, celles-ci contiennent une référence à la

⁷¹³ Par exemple, la directive n° 2004/38 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004, relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, J.O.U.E., n° L 158, 30 avril 2004, (notamment article 40-2).

⁷¹⁴ Recommandation de la Commission européenne du 12 juillet 2004 relative à la transposition en droit national des directives ayant un impact sur le marché intérieur, 2005/309/CE, J.O.U.E. 16 avril 2005, n° L 98/47.

présente directive ou sont accompagnées d'une telle référence lors de leur publication officielle. Les modalités de cette référence sont arrêtées par les États membres ».

La Cour de justice apprécie rigoureusement la satisfaction de cette exigence, en estimant que l'existence d'une telle mention dans le texte de la directive crée une obligation à la charge des États membres. Ceux-ci ne peuvent se contenter d'un simple renvoi à une réglementation préexistante – telle qu'une harmonisation préétablie – mais doivent consciencieusement exécuter les prescriptions tirées de la formule-type de la directive. En cas contraire, le défaut d'exécution de cette obligation peut être constitutif d'un manquement⁷¹⁵.

B – Le contenu de la transposition

L'obligation de transposition des directives européennes en droit interne et l'exigence d'effet utile du droit de l'Union européenne nécessitent le respect de règles précises relatives au contenu matériel de la transposition. De plus, la satisfaction de l'obligation de transposition implique également la compatibilité des mesures de transposition et d'exécution des directives avec l'ensemble des sources de la légalité de l'Union européenne. La mesure de transposition doit évidemment être conforme aux dispositions de la directive (1). L'obligation de résultat inhérente à la directive doit être exécutée (2). La nature et l'importance du contenu des mesures de transposition dépendent fortement de l'état du droit interne (3).

1. L'obligation de fidélité aux dispositions de la directive

L'acte de transposition doit permettre la mise en conformité des droits nationaux avec les dispositions de la directive européenne. Cette mise en conformité implique nécessairement le respect des termes mêmes de la directive à transposer (a), mais également du contexte juridique encadrant ces termes (b).

⁷¹⁵ CJCE 27 novembre 1997, *Commission c. Allemagne*, C-137/96, Rec., I, p. 6749 ; CJCE 18 décembre 1997, *Commission c. Espagne*, C-360/95, Rec., I, p. 7337.

a. Le respect des termes de la directive

La transposition doit être matériellement conforme aux dispositions de la directive. L'exigence de fidélité de l'acte de transposition aux dispositions de la directive européenne est soumise au contrôle de la Cour de justice. En cas de doute sur la conformité de la transposition au contenu de la directive, la Commission émet un avis motivé. Si l'État membre ne se conforme pas à cet avis, la Commission peut saisir le juge européen d'un recours en constatation de manquement⁷¹⁶.

Cette procédure permet à la Cour de justice d'apprécier et, le cas échéant, de déclarer comme constitutives d'un manquement les mesures prises par l'État membre qui iraient à l'encontre de l'obligation de fidélité aux dispositions de la directive. Dans son arrêt, la Cour de justice constate le manquement d'un État membre. L'inexécution de cet arrêt par l'État est une violation de l'article 260, alinéa 1^{er}, du T.F.U.E. qui l'expose à des sanctions financières⁷¹⁷. De plus, le recours en constatation de manquement offre à la Commission la possibilité d'exercer son rôle de gardienne des traités. L'intensité du contrôle de la Cour de justice varie en fonction du degré d'intensité normative de la directive, « allant d'une exigence de rigoureuse conformité en présence de dispositions très détaillées à une exigence de simple compatibilité dans l'hypothèse où la directive fixe des objectifs relativement généraux »⁷¹⁸. La Cour de Luxembourg peut également être amenée à contrôler le respect de cette obligation dans le cadre de la procédure de l'article 267 du T.F.U.E., à l'occasion de

⁷¹⁶ L'article 258 du T.F.U.E. stipule : « si la Commission estime qu'un État membre a manqué à une des obligations qui lui incombent en vertu des traités, elle émet un avis motivé à ce sujet, après avoir mis cet État en mesure de présenter ses observations. Si l'État en cause ne se conforme pas à cet avis dans le délai déterminé par la Commission, celle-ci peut saisir la Cour de justice de l'Union européenne ».

⁷¹⁷ « Si la Cour de justice de l'Union européenne reconnaît qu'un État membre a manqué à une des obligations qui lui incombent en vertu des traités, cet État est tenu de prendre les mesures que comporte l'exécution de l'arrêt de la Cour ».

⁷¹⁸ SIMON D., *La directive européenne*, Paris, Dalloz, Connaissance du droit, 1997, p. 109.

questions préjudicielles adressées par les juridictions nationales en interprétation des dispositions de la directive⁷¹⁹.

Enfin, à cette obligation de fidélité de la transposition aux dispositions de la directive européenne correspond réciproquement l'obligation de ne pas édicter ou maintenir des réglementations qui soient incompatibles avec le contenu de la directive⁷²⁰.

b. Le respect du sens des notions européennes

L'opération de transposition d'une directive européenne révèle sa particularité dans l'exigence de la prise en compte des deux ordres juridiques distincts entre lesquels elle forme un lien. L'acte de transposition doit respecter le sens et la portée des notions juridiques employées dans le texte de la directive, afin que celui-ci puisse remplir son rôle d'harmonisation des législations. Une des raisons d'être de la transposition est d'intégrer dans les ordres juridiques nationaux des dispositions précises, qui doivent donc recevoir une application et une interprétation identiques dans l'ensemble des États membres. Le sens et la portée à donner au texte de la directive doivent être les mêmes sur l'intégralité du territoire de l'Union européenne, ce qui explique l'existence d'une contrainte précise de vocabulaire pesant sur l'acte de transposition. Le vocabulaire utilisé doit impérativement être de nature à traduire fidèlement les termes employés par la directive, leur sens et leur portée. Cette obligation, résultant de la nature même de la directive européenne, amplifie la difficulté que représente l'opération de transposition. Le Conseil d'État

⁷¹⁹ « La Cour de justice de l'Union européenne est compétente pour statuer, à titre préjudiciel : a) sur l'interprétation des traités, b) sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union. Lorsqu'une telle question est soulevée devant une juridiction d'un des États membres, cette juridiction peut, si elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement, demander à la Cour de statuer sur cette question. Lorsqu'une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, cette juridiction est tenue de saisir la Cour. Si une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale concernant une personne détenue, la Cour statue dans les plus brefs délais ».

⁷²⁰ Voir *infra*, Section II, Paragraphe I, B « Les obligations dérivées » p. 249.

relevait déjà ce facteur de complexité en 1992⁷²¹, prenant comme exemple les termes de « *marchés publics* » ou d'« *emplois publics* ». Les interprétations et qualifications dissemblables, qui pourraient résulter de cultures et traditions juridiques divergentes se voient ainsi neutralisées par divers moyens. À cet égard, il est nécessaire de préciser que de nombreux domaines ne nécessitent pas une harmonisation exhaustive. Les directives européennes procèdent souvent par renvoi aux dispositions des droits internes des États-membres, ce qui limite la portée de la règle du respect du sens des notions européennes.

La Cour de justice guide par sa jurisprudence l'interprétation que les autorités nationales peuvent faire du droit de l'Union européenne. Elle précise que l'interprétation des dispositions européennes doit non seulement tenir compte de la lettre du texte, mais encore de leur contexte juridique, propre à l'Union européenne, et de l'ensemble normatif auquel elles s'intègrent⁷²². L'obligation de respect du sens des notions européennes ne constitue cependant qu'une partie du dispositif général visant à l'application uniforme du droit sur l'ensemble du territoire. En procédant par anticipation, afin d'éviter les divergences sémantiques, une liste des définitions peut figurer dans les dispositions liminaires des directives. Cependant, la survenance d'un risque de divergence lors de l'application des dispositions de la directive reste toujours possible et peut être atténuée par une meilleure communication entre les instances de l'Union européenne et les instances nationales lors de l'élaboration de la directive. Enfin, le développement de la coopération entre les autorités nationales et la Commission au moment de la transposition renforce l'effectivité de l'harmonisation.

2. Les obligations de résultat dans la transposition

Cette obligation doit s'envisager au travers du prisme de l'efficacité, la transposition doit permettre d'atteindre le résultat prévu par la directive. L'obligation pesant sur les autorités nationales compétentes est particulièrement

⁷²¹ Conseil d'État, Rapport public annuel 1992, *Le droit communautaire*, E.D.C.E., n°44, Paris, La Documentation française, 1993, en particulier p. 44.

difficile à cerner. Plus le texte de la directive est détaillé et précis, plus la liberté de l'autorité compétente pour la transposition est réduite : « *tout dépend en effet de "l'intensité normative" de la directive : la marge d'appréciation dont dispose l'instance de transposition est inversement proportionnelle au degré de précision du texte de la directive* »⁷²³. La transposition des directives très précises et détaillées relève davantage de la copie que de la production normative. La relation entre l'acte de transposition et la directive à transposer qui en résulte s'analyse comme une relation de stricte conformité. À l'inverse, lorsque le texte de la directive est plus vague dans ses prescriptions, il permet aux autorités nationales de disposer d'une réelle marge de manœuvre qui donne tout son sens à la liberté du choix de la forme et des moyens. Dans ce cas, le rapport entre l'acte de transposition et la directive est un rapport plus souple, de compatibilité⁷²⁴.

Présenté ainsi, le problème semble simple alors qu'il n'en est rien. De nombreux textes de directives comportent des dispositions précises et des dispositions à vocation généraliste, entraînant ainsi d'importantes variations des obligations qu'ils impliquent. Ce constat entrave la détermination de l'ampleur de la marge de manœuvre des États membres dans le cadre de l'opération de transposition, d'autant qu'il existe de très nombreuses situations intermédiaires. Cette difficulté d'identification de l'importance de la liberté étatique est la source de nombreuses questions préjudicielles à l'occasion desquelles la Cour de justice n'hésite pas à expliquer précisément le sens des textes des directives⁷²⁵. La situation est d'autant plus complexe à apprécier que de nombreuses directives renvoient à des standards souvent difficiles à appréhender juridiquement, et dont le sens est évolutif, ou encore à des estimations ou des paramètres. Ces incertitudes sur les moyens à

⁷²² CJCE 19 octobre 1995, *Hönig c. Stadt Stockach*, C-128/94, Rec., I, p. 3389.

⁷²³ SIMON D., *op. cit.*, p. 49.

⁷²⁴ Sur la différence entre rapport de conformité et rapport de compatibilité, cf. EISENMANN C., *Le droit administratif et le principe de légalité*, E.D.C.E., 1957, p. 25 à 40, en particulier point 11, p. 30-31 ; CHAPUS R., *Droit administratif général*, t. 1, Paris, Montchrestien, 15^e éd., 2001, p. 1011 à 1012, et p. 1082 à 1085 : « dans une certaine mesure, [une norme] peut être différente de ce qu'elle devrait être pour se trouver conforme à la norme supérieure ; et [elle] peut même, dans une certaine mesure également, lui être contraire », p. 1082.

employer afin de concrétiser les objectifs de la directive se doublent d'un contrôle approfondi du juge européen comme du juge national⁷²⁶. La rigueur et le caractère approfondi de ce contrôle sont fondés sur la nécessité d'assurer l'application uniforme de la directive sur l'intégralité du territoire de l'Union européenne. Dans cette optique, la contrainte globale encadrant la transposition se rapproche de celle relative à l'exécution des règlements européens⁷²⁷, « *le maillage de leurs obligations tend à se confondre* »⁷²⁸.

3. La pleine concrétisation du contenu de la transposition

Le contenu matériel de la directive doit être transposé avec la plus grande rigueur. En effet, la transposition doit couvrir l'intégralité des dispositions de la directive, « *les États membres sont tenus de transposer la directive, rien que la directive et toute la directive* »⁷²⁹. Cette exigence est strictement appréciée par la Cour de justice, qui considère que le fait que la réglementation nationale assure, pour une grande partie, la garantie des objectifs fixés par une directive ne dispense pas l'État membre de transposer entièrement cette directive : « *les États membres ont l'obligation d'assurer pleinement, et de manière précise, l'application des dispositions de toute directive* »⁷³⁰. La transposition partielle est donc constitutive d'un manquement au sens de l'article 258 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Cet aspect de l'obligation de transposition a évidemment pour limites les dispositions matérielles de la directive. Sont ainsi exclues du champ d'application de cette obligation les dispositions de

⁷²⁵ Par exemple, CJCE 29 juin 1999, *Butterfly Music Srl. et Carosello Edizioni Musicali e Discografiche Srl. (C.E.M.E.D.)*, C-60/98, Rec., I, p. 3939 ; ou encore, CJCE 3 mai 2001, *Verdonck et autres*, C-28/99, Rec., I, p. 3399.

⁷²⁶ Voir *infra*, « Les contrôles de la transposition et de l'application des directives européennes », p. 320 et suivantes.

⁷²⁷ Comme le remarque Yves GAUTIER, *L'État membre et l'exécution du droit communautaire*, in G. DUPRAT (dir.), *L'Union européenne, droit, politique, démocratie*, Paris, P.U.F., Collection Politique d'aujourd'hui, 1996, p. 39 à 79, en particulier p. 41-42, et p. 62 à 66.

⁷²⁸ GAUTIER Y., commentaire sous CJCE 20 juin 2002, *Mulligan et autres*, C-313/99, Europe, août-septembre 2002, n° 8, p. 8, n° 261.

⁷²⁹ SIMON D., *op. cit.*, p. 51.

⁷³⁰ CJCE 18 mars 1980, *Commission c. Italie*, 91/79, Rec. p. 1099, point 6 p. 1105 ; CJCE 18 mars 1980, *Commission c. Italie*, 92/79, Rec. p. 1115, point 6 p. 1121.

nature organique propres à l'ordre juridique de l'Union européenne, ou encore les dispositions purement formelles prévoyant, par exemple, la période de transposition.

L'obligation de transposition d'une directive européenne implique en effet toute une série d'actions positives de la part des États membres et ne s'épuise pas par l'édition ponctuelle d'un acte de transposition. Si les objectifs fixés sont totalement inconnus du droit national lors de l'adoption de la directive, les autorités compétentes devront créer et mettre en place des règles et des mesures de nature à permettre la réalisation de ces objectifs. Si les objectifs sont déjà pris en compte par le droit national, la transposition doit s'accompagner d'une refonte globale de l'ensemble normatif relatif à ces objectifs. Dans ce cas, les autorités nationales devront consacrer leurs efforts à l'adaptation du droit existant.

En conclusion, la transposition des directives européennes est d'une nature très spécifique, se rapprochant parfois d'une forme particulière d'exécution, d'une fonction normative subordonnée. Ce contexte juridique peut se rapprocher de celui où l'autorité compétente doit exécuter une loi nationale. L'exécution ne peut se faire que dans le cadre d'une compétence liée, mais l'autorité compétente peut également disposer d'un pouvoir discrétionnaire dans les choix qu'implique cette exécution⁷³¹. En définitive, « *la transposition des directives doit se réaliser dans les conditions préservant leur intégrité sous le triple rapport de leur substance, de leur autorité et de leur invocabilité. En un mot, cette opération ne doit entraîner aucune déperdition de la force normative des directives communautaires* »⁷³². Les obligations des États membres suite à l'adoption d'une directive européenne ne se limitent pas à la transposition, qui reste une obligation « minimale ».

⁷³¹ Comme l'explique René CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 1, Paris, Montchrestien, 15^e éd., 2001, p. 1034.

⁷³² KOVAR R., *Observations sur l'intensité normative des directives*, in Liber Amicorum PESCATORE, Baden-Baden, Nomos, 1987, p. 359 à 372, p. 372.

Section II : La mise en œuvre des normes non directement applicables

L'exécution de toute norme juridique suppose « *d'une part, de rendre la règle générale applicable aux situations concrètes en la précisant et d'autre part, de la faire respecter par les sujets de droit* »⁷³³. La mise en œuvre de la norme juridique se rattache à la première étape de son exécution et revêt une importance particulière dans le cadre de la présente étude : les normes non directement applicables se reconnaissent souvent à leur formulation « inachevée » et s'identifient au moyen de la nécessité d'une intervention normative complémentaire, qui correspond à une mise en œuvre.

Toutefois, la notion de mise en œuvre ne connaît pas réellement de définition précise. Elle peut être rapprochée du concept d'« *implementation* », tel qu'il existe dans les droits britannique et américain. Dans le cadre de la présente étude, la mise en œuvre est entendue dans un sens proche de son acception dans le domaine du génie, comme la création d'un produit fini à partir d'un document de conception, d'un document de spécification, ou d'un plan. Elle correspond à la mise en pratique, à la réalisation d'une idée ou d'un projet⁷³⁴. Dans un sens juridique, elle désigne l'action des autorités publiques visant à mettre en place les mesures et dispositifs nécessaires à la réalisation d'une norme⁷³⁵. Dans le cas des normes non directement applicables, la première étape de la mise en œuvre consiste nécessairement en l'édiction de mesures destinées à en assurer l'application.

Partant, l'identification de la force obligatoire des normes non directement applicables nécessite de délimiter la marge de manœuvre dont disposent les autorités normatives dans la mise en œuvre de ces normes. L'opération de mise en œuvre constitue-t-elle une obligation ou une faculté ? L'autorité compétente est-elle tenue d'agir dans un sens déterminé ou dispose-t-elle d'un pouvoir discrétionnaire ? Plus encore, il convient de préciser que certaines catégories de normes non directement

⁷³³ TEORAN M., *L'obligation pour l'administration d'assurer l'effectivité des normes juridiques*, Thèse, Université de Paris-Sud (XI), 2007, p. 97.

⁷³⁴ *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^e éd., v^e « Œuvre », premier sens.

applicables, telles que les directives administratives et les circulaires administratives dénuées de caractère impératif, ne créent, en général, pas de réelle nécessité de mise en œuvre⁷³⁶. L'importante variété des normes non directement applicables existantes implique de distinguer les hypothèses où la mise en œuvre constitue une obligation d'action pesant sur les autorités normatives (Paragraphe I), de celles où l'existence d'une telle obligation est plus incertaine (Paragraphe II).

Paragraphe I : L'obligation de mise en œuvre

L'adoption de toute norme juridique suppose deux opérations aux modalités proches, mais différentes. En premier lieu, l'entrée en vigueur d'une norme juridique nouvelle implique une mise en œuvre initiale procédant, par exemple, à la définition de certaines modalités particulières d'application. Jean-Claude VENEZIA distingue les mesures prises « pour application », « en application », et « par application »⁷³⁷. Les mesures prises en application d'une règle supérieure « ont simplement pour objet la concrétisation de cette règle, son application à une situation particulière »⁷³⁸. Les mesures prises par application « ne découlent pas directement et automatiquement d'une règle supérieure »⁷³⁹. Elles « ne sont pas des actes conséquences »⁷⁴⁰, mais interviennent simplement dans le cadre d'une règle supérieure. Seules les mesures prises « pour application », dans le sens dégagé par l'étude de Jean-Claude VENEZIA, conditionnent l'applicabilité des normes : « il s'agit ici des cas dans lesquels un texte de portée réglementaire⁷⁴¹, c'est-à-dire statuant par édicition de règles impersonnelles, vient préciser les détails ou les modalités d'application de règles édictées par une autorité supérieure. (...) L'édiction de ces règles sera nécessaire dès lors que l'autorité supérieure aura subordonné l'entrée en vigueur des règles dont elle est l'auteur, à l'intervention de mesures

⁷³⁵ Cette définition s'inspire de la présentation des notions d'*implementation*, d'*enforcement* et de *compliance* établie par Mathieu TEORAN, *op. cit.*, p. 97-99.

⁷³⁶ Cf. *supra*, Titre premier, Chapitre premier, Section I, Paragraphe II « L'absence d'applicabilité directe des actes et normes d'orientation de l'action des autorités publiques », p. 92 et suivantes.

⁷³⁷ VENEZIA J.-C., *Les mesures d'application*, in *Droit administratif*, Mélanges René CHAPUS, Paris, Montchrestien, 1992, p. 673.

⁷³⁸ VENEZIA J.-C., *op. cit.*, p. 673 à 679, p. 676.

⁷³⁹ TEORAN M., *op. cit.*, p. 100.

⁷⁴⁰ VENEZIA J.-C., *op. cit.*, p. 673 à 679, p. 678.

d'application ou dès lors que l'exécution de ces règles sera impossible sans l'intervention de ces mesures »⁷⁴². En second lieu, la mise en œuvre initiale est complétée par une série d'obligations relatives à l'entretien du dispositif normatif, exigeant l'exercice d'un pouvoir dérivé. Conformément à la logique chronologique, il est nécessaire d'identifier l'étendue et la force des obligations initiales (A), avant d'analyser les obligations de mise en œuvre dérivées (B).

A - L'obligation d'édicter des mesures d'application

Il est nécessaire de définir la notion d'obligation d'exercice du pouvoir réglementaire d'application des textes (1) avant d'en envisager les contours (2).

1. L'exercice obligatoire du pouvoir réglementaire d'application des textes

L'obligation d'exercer le pouvoir réglementaire d'application des textes est *a priori* bien connue. Cependant, déterminer ses implications reste difficile dans la mesure où la signification de l'opération d'application est malaisée à déterminer (a). De plus, cette obligation a suscité des interrogations doctrinales et a connu des évolutions menant à son renforcement, qui nécessitent d'être analysées (b).

a. La notion d'obligation d'application des textes

Une loi ordinaire doit être adoptée par le Parlement, conformément à la procédure législative prévue par la Constitution, et promulguée par le Président de la République pour entrer en vigueur le jour qu'elle fixe ou, à défaut, le lendemain de sa publication au Journal officiel. Dans les cas où la loi est inapplicable par elle-même, sans texte réglementaire d'application, elle doit être mise en œuvre pour être effective. Sans intervention d'un élément médiateur, les lois disposant de manière particulièrement générale et imprécise sont non directement applicables, leur effet est

⁷⁴¹ L'auteur précise « sans préjudice des lois intervenant pour l'application d'une loi ».

⁷⁴² VENEZIA J.-C., *op. cit.*, p. 673 à 679, p. 674.

paralysé. La médiation nécessaire est constituée par l'intervention du pouvoir exécutif, sous la forme de l'adoption de décrets d'application.

Or, l'élaboration et la publication de décrets d'application souffrent depuis longtemps de lenteurs régulièrement dénoncées et débattues⁷⁴³. À cet égard, il est intéressant de remarquer la récente création d'une rubrique intitulée « *L'application des lois* » sur le site Internet institutionnalisé de la diffusion du droit⁷⁴⁴. Cette situation aboutit à une paralysie des textes votés par le Parlement jugée inacceptable. Ces dysfonctionnements sont principalement causés par l'inaction du Gouvernement. Face au nombre croissant des actes adoptés, la multiplication des textes d'application nécessaires contribue à l'engorgement des services ministériels⁷⁴⁵. De plus, les positions législatives sont de plus en plus souvent instables et peu claires, comme en

⁷⁴³ Il est possible de relever l'affaire emblématique de l'absence de décret d'application de la loi du 11 mars 1957, relative à la propriété littéraire et artistique, sanctionnée dans le cadre du recours pour excès de pouvoir presque quarante ans après l'entrée en vigueur de la loi : CE 9 avril 1993, *Société des auteurs des arts visuels* – S.P.A.D.E.M., Rec. p. 108 ; J.C.P., G., IV, 1534, obs. M.-C. ROUAULT ; D., Somm., 1994, p. 59, obs. P. BON et P. TERNEYRE. Cf. également AUBY J.-B., *Les délais raisonnables de l'activité réglementaire*, D.A., février 2004, Repères n° 2, p. 2 ; LARCHER G., *Du vote de la loi à son application : vers une fracture réglementaire ?*, D.A., février 2004, chron. n° 2, p. 5 ; STIRN B., *Lois et règlements : le paradoxe du désordre*, R.D.P., 2006, p. 129 ; SAGALOVITSCH E., *Pour la reconnaissance d'un intérêt à agir du Parlement devant le Conseil d'État*, A.J.D.A., 2008, p. 321 ; PREUVOT P., *L'amélioration de l'application des lois : un enjeu dans la relation Parlement-Gouvernement*, R.D.P., 2012, p. 39, etc.

⁷⁴⁴ <http://www.legifrance.gouv.fr/>, cette rubrique précise : « *Les lois entrent en vigueur à la date qu'elles fixent ou, en l'absence de précision, le lendemain de leur publication. Certaines dispositions de la loi ne sont toutefois applicables qu'une fois prises les mesures réglementaires nécessaires à leur mise en œuvre.* ». De plus, il est possible de trouver à cette même adresse la liste de ces dispositions dont l'application requiert l'adoption d'un décret, ainsi que la référence du décret correspondant (s'il a été pris), ou l'échéance à laquelle sa publication est envisagée (s'il est encore en préparation), ainsi que des bilans semestriels d'application des lois. Pour une vision globale et récente de la situation, il est possible de se référer aux rapports annuels relatifs au contrôle de la mise en application des lois, disponibles sur le site internet du Sénat pour les années 1998 à 2011, Rubrique « Travaux Parlementaire » : http://www.senat.fr/doctrav/rapports_annuels.html#application.

⁷⁴⁵ comme l'explique Bertrand SEILLER, « *il serait toutefois réducteur d'en attribuer la responsabilité au seul gouvernement : le foisonnement législatif provoque par lui-même une multiplication des textes d'application nécessaires et contribue à l'engorgement des services ministériels chargés de les préparer. Par ailleurs, l'instabilité croissante des lois votées complique encore leur tâche : à peine édictés, certains décrets d'application sont déjà obsolètes et doivent être, sinon abrogés, du moins modifiés pour se conformer au nouveau contexte légal. Dans l'intervalle, la loi modifiée reste sans effet, soit parce que le texte antérieur continue de prévaloir en raison du maintien illégal de ses décrets d'application, soit parce que, dans l'attente des nouvelles dispositions réglementaires d'application, aucune disposition ne régit la matière* », *Précisions sur l'obligation d'exercer le pouvoir réglementaire*, A.J.D.A., 2004, p. 761 à 766, p. 761.

témoigne notamment l'abondante littérature relative à la dégradation de la qualité des textes⁷⁴⁶.

L'article 21 de la Constitution de 1958 pose une règle de compétence au profit du Premier Ministre qui « assure l'exécution des lois ». Les lois peuvent procéder par renvoi à des décrets d'application, posant ainsi des autorisations ponctuelles et déterminées à combler un vide, à les compléter. Dans certains cas, la loi pose un cadre général qui invite à l'action normative et nécessite un complément pour être directement applicable. La principale difficulté posée par l'article 21 est liée au sens du terme « exécution ». Il serait erroné de considérer que cette action d'exécution passe nécessairement et uniquement par l'édition d'actes réglementaires. La jurisprudence sur ce point apporte des éléments clairs. Les désormais classiques arrêts *Heyries*⁷⁴⁷ et *Labonne*⁷⁴⁸ précisent que l'exécution des lois implique notamment « de veiller à ce qu'à toute époque, les services publics institués par les lois et règlements soient en état de fonctionner »⁷⁴⁹. Plus récemment, le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel ont rendu des décisions⁷⁵⁰ expliquant que la mission d'exécution des lois ne se limitait pas à une mise en œuvre par la fixation de normes, et force est de constater qu'il n'y a pas nécessairement de coïncidence entre la mission d'exécution des lois et la compétence pour prendre les mesures d'application d'une loi.

⁷⁴⁶ Cf. notamment Conseil d'État, Rapport public annuel 1991, *De la sécurité juridique*, E.D.C.E, n° 43, Paris, La Documentation française, 1991 ; Conseil d'État, Rapport public annuel 2006, *Sécurité juridique et complexité du droit*, E.D.C.E, n° 57, Paris, La Documentation française, 2006 ; GLÉNARD G., *La conception matérielle de la loi revivifiée*, R.F.D.A., 2005, p. 922 ; CARCASSONNE G., *Penser la loi*, Pouvoirs, n° 114, 2005, *La loi*, p. 39 ; GAUDEMET Y., *Propos introductifs au dossier sur le désordre normatif*, R.D.P., 2006, p. 43 ; STIRN B., *Lois et règlements : le paradoxe du désordre*, R.D.P., 2006, p. 129 ; MATHIEU B. et VERPEAUX M. (dir.), *La réforme du travail législatif*, Paris, Dalloz, 2006 ; note de synthèse du Service des études juridiques du Sénat, *La qualité de la loi*, Les documents de travail du Sénat, n°EJ 3, 1^{er} octobre 2007, disponible sur le site internet du Sénat : <http://www.senat.fr/ej/ej03/ej03.html>... Comme en témoigne également la création récente d'un Groupe de travail commun à l'Assemblée nationale et au Sénat sur la qualité de la loi. Plus récemment, DE CLAUDE J., URVOAS J.-J., WARSMANN J.-L., *La qualité de la loi en débat*, Constitutions, 2010, p. 195.

⁷⁴⁷ CE 28 juin 1918, *Heyriès*, Rec. p. 651 ; S. 1922, III, p. 49, note M. HAURIOU ; G.A.J.A. n° 31.

⁷⁴⁸ CE 8 août 1919, *Labonne*, Rec. p. 737 ; G.A.J.A. n° 35.

⁷⁴⁹ CE 28 juin 1918, *Heyriès*, précité.

⁷⁵⁰ CE 15 mars 1968, *Sieurs Marty et Bernard*, Rec. p. 188 ; et CC n° 2003-485 DC, 4 décembre 2003, *Loi modifiant la loi n° 52-893 du 25 juillet 1952 relative au droit d'asile*, Rec. p. 455.

L'application d'une loi consiste en l'« action d'apporter à une loi (au sens organique et formel) les précisions qui permettent sa mise en pratique, c'est-à-dire son application par le juge (...) ou même par l'ensemble des personnes concernées (...) : opération dont la légalité suppose qu'elle se borne à donner à la loi, dans les limites de celle-ci, les moyens de sa mise en œuvre »⁷⁵¹. En revanche, « l'exécution des lois est plus que l'exécution de chaque loi »⁷⁵², elle ne se limite ni à l'édiction d'actes réglementaires ni à la stricte mise en œuvre du texte de la loi. L'application de la loi est ainsi une étape fondamentale de son exécution, dont elle est le premier élément constitutif.

b. Le renforcement de l'obligation d'application des textes

L'obligation de mise en œuvre de la loi a fait l'objet de controverses doctrinales à la fin du XIX^e siècle et au début du XX^e siècle. Une partie de la doctrine estimait que le Gouvernement avait le pouvoir de décider librement de l'opportunité d'édicter des règlements d'application de la loi. Dans cette perspective, ces règlements sont conçus par Maurice HAURIOU comme la traduction d'une convention entre le Parlement et le Gouvernement⁷⁵³. Cette analyse s'oppose à celle de la majorité de la doctrine qui considérait qu'il pesait sur le Gouvernement une obligation politique d'exercice du pouvoir réglementaire d'exécution des lois⁷⁵⁴, fondée, selon les époques, sur l'article 3 de la loi du 25 février 1875, l'article 47 de la Constitution du 27 octobre 1946, puis l'article 21 de la Constitution du 4 octobre 1958. Le caractère politique de l'obligation se déduisait de son unique sanction : la mise en œuvre de la responsabilité politique du Gouvernement devant le Parlement.

⁷⁵¹ CORNU G., *op. cit.*, v^e « Application de la loi », p. 73.

⁷⁵² VEDEL G. et DELVOLVÉ P., *Droit administratif*, t. 1, P.U.F., Thémis, 12^e éd., 1992, p. 31.

⁷⁵³ HAURIOU M., *Précis de droit administratif*, 6^{ème} édition, p. 309 ; et note sous CE 6 décembre 1907, *Compagnie des chemins de fer de l'Est et autres*, S., III, p. 1 (Rec. p. 913, concl. J. TARDIEU ; S., 1908, III, p. 1, note M. HAURIOU et concl. ; R.D.P., 1908, p. 38, note G. JÈZE ; D., 1909, III, p. 57, concl. ; G.A.J.A., n^o 18).

⁷⁵⁴ BARTHÉLEMY J., *Rev. pol. et parl.*, t. 15, p. 324 ; DUGUIT L., *Droit constitutionnel*, 2^{ème} éd., t. 4, p. 708 ; CAHEN G., *La loi et le règlement*, Thèse, Paris, 1903, p. 301 ; MOREAU F., *Le règlement administratif : Étude théorique et pratique de Droit public français*, 1902, p. 149 ; JÈZE G., note sous CE 6 décembre 1907, *Compagnie des chemins de fer de l'Est et autres*, R.D.P., 1908, p. 48 ; TARDIEU J., concl. sur CE 6 décembre 1907, *Compagnie des chemins de fer de l'Est et autres*, S., 1908, III, p. 1 ; HERZOG J. L., *La loi et le règlement d'administration publique – Effets suspensifs de la délégation législative*, R.D.P., 1938, p. 641 à 692, notamment p. 647.

La reconnaissance d'un caractère juridique à l'obligation gouvernementale se réalise progressivement. Elle s'opère d'abord dans le domaine de la responsabilité : par une décision *Société Van Outryve et autres* du 6 juillet 1934⁷⁵⁵, la Section du Conseil d'État estime qu'en retardant de six mois l'intervention des mesures d'exécution d'une loi, le ministre a méconnu l'obligation d'application de la loi dans un délai raisonnable. Cette carence est de nature à engager la responsabilité de l'État. La solution se confirme deux ans plus tard⁷⁵⁶, mais la responsabilité de l'État n'est engagée qu'à raison de la faute commise par abstention d'édiction de mesures individuelles d'application. La question de savoir si un refus de prendre des décisions réglementaires d'application peut être censuré est implicitement précisée dans une décision ultérieure⁷⁵⁷. Cette solution, relative au décret du 30 juin 1934, est étendue à l'application de la loi, et de manière d'autant plus naturelle que le Conseil d'État a déjà consacré l'existence pour l'administration d'une obligation d'exercer son pouvoir réglementaire dans des hypothèses voisines⁷⁵⁸. L'obligation d'édicter des mesures réglementaires d'application joue certes pour la loi mais aussi pour certains actes réglementaires – tels que les décrets – et pour les ordonnances.

La consécration récente la plus claire de l'obligation d'exercer le pouvoir réglementaire d'application des lois figure dans l'arrêt *Association France Nature Environnement*⁷⁵⁹ : « 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 ». Cette explication se situe dans la droite ligne des

⁷⁵⁵ CE Sect. 6 juillet 1934, *Société Van Outryve et autres*, Rec. p. 787 ; S., III, p. 116 ; R.D.P., p. 629, concl. R. RIVET.

⁷⁵⁶ CE Sect. 24 juillet 1936, *Syndicat général de défense des grands vins de la Côte-d'Or*, Rec. p. 861 ; R.D.P., 1937, III, p. 41, concl. M. LAGRANGE, note M. WALINE.

⁷⁵⁷ CE Sect. 13 juillet 1951, *Union des anciens militaires titulaires d'emplois réservés à la S.N.C.F.*, Rec. p. 403 : « l'absence de décrets pris en vertu de cette disposition ne rend pas impossible l'application de la réglementation du cumul dans les cas dont il s'agit ; que dans ces conditions l'intervention de décrets d'application est laissée à l'appréciation des ministres compétents ».

⁷⁵⁸ Notamment CE Ass. 26 février 1954, *Département de la Guadeloupe*, Rec. p. 129 ; et CE 23 octobre 1959, *Doublet*, Rec. p. 540 ; R.D.P., 1960, p. 802, note M. WALINE ; D. 1960, p. 191, note D. LAVROFF.

⁷⁵⁹ CE 28 juillet 2000, *Association France Nature Environnement*, Rec. p. 322 ; A.J.D.A., p. 959 ; L.P.A., 17 novembre 2000, note A. LAQUIÈZE ; R.F.D.A., 2003, p. 116, note C. DEFFIGIER.

jurisprudences *Kevers-Pascalis*⁷⁶⁰ – relative au contentieux de la légalité – et *Ministre des Finances c. Dame veuve Renard*⁷⁶¹ – concernant la responsabilité.

2. La concrétisation de l'obligation

L'obligation d'exercice du pouvoir d'application des textes s'impose au pouvoir réglementaire, mais est conditionnée. Elle s'applique en fonction de l'existence de certains facteurs (a) et pose certaines limites formant un cadre concret au pouvoir d'application (b).

a. Le champ d'application de l'obligation

Toutes les catégories du pouvoir réglementaire ne font pas l'objet de l'obligation d'exercice, qui ne concerne clairement que la police administrative et l'application des lois⁷⁶². L'obligation d'exercice du pouvoir réglementaire d'application de la loi est un élément d'une obligation générale d'application des textes. En effet, cette obligation, entendue de manière large par la jurisprudence, s'étend aux différentes formes que peut revêtir la règle écrite : le champ d'application de cette obligation comprend non seulement la loi et les actes de « valeur législative » (ordonnances⁷⁶³, décrets-lois⁷⁶⁴), mais aussi les décisions de justice⁷⁶⁵ et les actes

⁷⁶⁰ CE 13 juillet 1962, *Kevers-Pascalis*, Rec. p. 475 ; D., 1963, p. 606, note Jean-Marie AUBY : les autorités chargées de l'exécution de l'ordonnance du 15 juin 1945 « ne peuvent légalement s'abstenir de prendre les mesures nécessaires à l'application de cette ordonnance en ce qui concerne certaines catégories d'agents bénéficiaires de ce texte ».

⁷⁶¹ CE Ass. 27 novembre 1964, *Ministre des Finances c. Dame veuve Renard*, Rec. p. 590, concl. Y. GALMOT ; A.J.D.A., p. 678, chron. M. PUYBASSET et J.-P. PUISSOCHET ; D., 1965, Jur., p. 632, note J.-M. AUBY.

⁷⁶² Sont ainsi exclus de son champ d'application le pouvoir réglementaire autonome et le pouvoir d'organisation du service. En matière de police administrative, il est intéressant d'observer que l'obligation d'exercice du pouvoir réglementaire a connu un sensible renforcement. Elle existait au départ en cas de péril grave résultant d'une situation particulièrement dangereuse pour l'ordre public (CE Sect., 23 octobre 1959, *Doublet*, Rec. p. 540 ; R.D.P., p. 1235, concl. A. BERNARD ; et R.D.P., 1960, p. 802, note M. WALINE). Elle s'applique désormais en présence d'une « atteinte d'une gravité telle que [l'autorité compétente] ne [peut] s'abstenir d'y porter remède, sans méconnaître ses obligations en matière de police », CE 8 juillet 1992, *Ville de Chevreuse*, Rec. p. 281.

⁷⁶³ CE 22 juin 1951, *Hoeffel*, Rec. p. 365 ; CE 13 juillet 1962, *Kevers-Pascalis*, Rec. p. 475 ; D., 1963, p. 606, note J.-M. AUBY.

⁷⁶⁴ CE Sect. 13 juillet 1951, *Union des anciens militaires titulaires d'emplois réservés à la S.N.C.F.*, Rec. p. 403.

réglementaires⁷⁶⁶. De plus, l'obligation existe indépendamment d'une invitation explicite de l'auteur du texte, mais à condition que le texte ne confère pas une simple faculté à l'administration. Cette règle ressort notamment de la généralisation et de l'interprétation *a contrario* de la jurisprudence *Crève Cœur et autres*⁷⁶⁷, et est régulièrement rappelée⁷⁶⁸.

Par ailleurs, l'analyse de la jurisprudence en la matière révèle une condition d'existence fondamentale de l'obligation d'exercice du pouvoir réglementaire d'application des textes : l'intervention de l'acte administratif doit être indispensable à l'application de la règle écrite⁷⁶⁹. Si les dispositions du texte sont réellement trop imprécises pour être « auto-exécutoires » par elles-mêmes, celui-ci n'est pas directement applicable. L'exercice du pouvoir réglementaire d'application est, dans ce cas, obligatoire. Il est ainsi nécessaire de déterminer si le texte est suffisamment précis pour s'appliquer directement, par lui-même. De cette détermination effectuée par le juge dépend l'entrée en vigueur effective de la règle. Si le texte d'origine est suffisamment précis pour être applicable directement, l'administration n'est pas tenue par l'obligation d'exercice du pouvoir réglementaire⁷⁷⁰, l'autorité compétente peut légalement refuser de prendre un acte d'application⁷⁷¹. Le juge peut également

⁷⁶⁵ CE Sect. 24 juillet 1936, *Syndicat général de défense des grands vins de la Côte-d'Or*, Rec. p. 861 ; R.D.P., 1937, III, p. 41, concl. M. LAGRANGE, note M. WALINE.

⁷⁶⁶ CE 24 janvier 1962, *Ministre de l'Information c. Soc. Radios Filtrex*, Rec. p. 54 ; CE Ass. 27 novembre 1964, *Ministre des Finances c. Dame veuve Renard*, Rec. p. 590, concl. Y. GALMOT ; A.J.D.A., p. 678, chron. M. PUYBASSET et J.-P. PUISSOCHET ; D., 1965, p. 632, note J.-M. AUBY.

⁷⁶⁷ CE 11 février 1955, *Crève Cœur et autres*, Rec. p. 86.

⁷⁶⁸ En particulier dans les conclusions du commissaire du Gouvernement J. KAHN sur CE Sect. 27 janvier 1961, *Sieur Vannier*, Rec. p. 60 et à 70, p. 64 ; et dans celles du commissaire du Gouvernement Y. GALMOT sur CE Ass. 27 novembre 1964, *Ministre des Finances c. Dame veuve Renard*, Rec. p. 590 à 600, p. 596 : « sur ce point précisément, vos décisions, tout en admettant que l'exercice d'une compétence est en principe obligatoire pour l'agent qui en est investi, réservent cependant le cas exceptionnel où le texte à appliquer donne expressément à l'autorité réglementaire la simple faculté et non l'obligation d'assurer son exécution ».

⁷⁶⁹ Par exemple CE 5 octobre 1966, *Association pour la liberté d'expression à la radio et à la télévision*, Rec. p. 518 : « l'intervention du décret du 22 juillet 1964, lequel n'a comporté aucune règle nouvelle relative à cette procédure, n'était pas nécessaire pour que les dispositions de la loi fussent appliquées sur ce point ».

⁷⁷⁰ Par exemple, Cass. civ. 18 mars 1952, *Bigot c. demoiselle Bigot*, D., p. 417 ; CE 23 novembre 1949, *Gaulard*, Rec. p. 497 ; CE 18 janvier 1956, *S.N.C.F.*, Rec., Tables p. 609. Plus récemment CE 11 mai 2007, *Mme Pierres*, Rec. Tables p. 669, p. 960 et p. 1032 ; A.J.D.A., p. 1000, note S. HUL, p. 1719 ; D.A., juillet 2007, comm. n° 98, p. 19, note J.-M. FÉVRIER.

⁷⁷¹ CE Sect. 13 juillet 1951, *Union des anciens militaires titulaires d'emplois réservés à la S.N.C.F.*, Rec. p. 403. Pour un exemple plus récent, CE 28 mai 2003, *Creton et autres*, Rec., Tables, p. 646.

estimer que le texte est de nature à nécessiter une application. Il incombe à l'administration de prendre les mesures propres à réaliser cette concrétisation⁷⁷² ; par conséquent, le refus de l'autorité compétente d'édicter l'acte est jugé illégal⁷⁷³ et constitutif d'une faute⁷⁷⁴. La règle à appliquer peut comporter les caractéristiques essentielles d'une norme non directement applicable. Comme le précise le commissaire du Gouvernement Jean ROMIEU dans ses conclusions sur les affaires *Jacquin et autres*⁷⁷⁵, « la loi est en principe exécutoire du jour de sa promulgation, si elle n'en a pas autrement ordonné. Lorsque la loi prévoit des règlements d'administration publique, elle n'en est pas moins exécutoire immédiatement, sauf deux cas : 1^o si la loi subordonne expressément l'exécution de la loi à la confection antérieure des règlements prévus (...); 2^o si l'application de la loi est manifestement impossible, tant que les règlements n'ont pas été publiés »⁷⁷⁶.

De plus, le texte à appliquer doit être régulier, en ce sens qu'il ne doit pas être entaché d'illégalité⁷⁷⁷. Dans le cas contraire, l'obligation de faire application du texte disparaît. Pour autant, selon le droit positif, il n'y a pas d'interdiction de faire usage du pouvoir réglementaire d'exécution⁷⁷⁸. En revanche, le raisonnement développé jusqu'à présent est inverse dans l'hypothèse où la loi à mettre en œuvre est contraire à un traité ou un accord international. Dans ce cas, deux logiques contradictoires s'affrontent. Si l'absence de mesure d'application est sanctionnée, le pouvoir réglementaire est inévitablement conduit à édicter des normes d'application conformes à la loi mais contraires au droit international et donc susceptibles d'être

⁷⁷² CE 22 juin 1951, *Hoefel*, Rec. p. 365 ; CE 21 mai 1954, *Depommier*, Rec. p. 290.

⁷⁷³ CE 13 juillet 1962, *Kevers-Pascalis*, Rec. p. 475 ; D., 1963, p. 606, note J.-M. AUBY.

⁷⁷⁴ CE Ass. 27 novembre 1964, *Ministre des Finances c. Dame veuve Renard*, Rec. p. 590, concl. Y. GALMOT ; A.J.D.A., p. 678, chron. M. PUYBASSET et J.-P. PUISSOCHET ; D., 1965, p. 632, note J.-M. AUBY.

⁷⁷⁵ CE 30 novembre 1906, *Jacquin, Jullien, Cahen frères, Société anonyme des chaussures Plet, Jacob frères, Dame Pratt, Berthon, Denis, Rage-Roblot, Hourmat, Emmanuel Léon*, 11 espèces, Rec. p. 880 à 885, p. 862, concl. J. ROMIEU.

⁷⁷⁶ ROMIEU J., concl. sur CE 30 novembre 1906, *Jacquin*, Rec. p. 863 à 880, p. 870.

⁷⁷⁷ Cette règle résulte de l'arrêt CE Sect. 8 janvier 1960, *Laiterie Saint-Cyprien*, Rec. p. 10 : la Section du Conseil d'État considère que l'administration ne commet aucune illégalité, donc aucune faute, en s'abstenant spontanément d'appliquer d'une réglementation illégale.

⁷⁷⁸ CE Sect. 2 décembre 1960, *Dame veuve Franc*, Rec. p. 666 ; A.J.D.A., 1961, p. 144, concl. M. BERNARD ; D., 1962, III, p. 6 note J.-M. AUBY.

annulées ou de constituer un fondement à une action en responsabilité. Le refus d'édicter des mesures réglementaires d'application d'une loi inconstitutionnelle est ainsi considéré par le juge comme conforme au principe de légalité⁷⁷⁹.

b. Les contours de l'obligation d'exercice du pouvoir d'application des textes

L'obligation d'exercer le pouvoir réglementaire d'application des textes trouve sa source dans des dispositions extérieures à la norme non directement applicable à concrétiser. Si la norme de mise en œuvre doit exister et respecter certaines exigences formelles, tant la Constitution que la jurisprudence restent peu prolixes sur les contenus de cette mise en œuvre. Ces éléments sont déterminés par la norme non directement applicable elle-même. Certaines contraintes sont ainsi susceptibles de peser sur l'autorité responsable de la mise en œuvre ; elles sont de nature formelle (α) et matérielle (β).

α – La concrétisation formelle

Le cadre posé par la règle écrite non directement applicable pose la question de la marge de manœuvre de l'administration dans l'opération d'application. Il est nécessaire de déterminer si elle a une liberté de choix des différents moyens propres à assurer l'application des textes. Dans certaines hypothèses, la règle écrite fixe elle-même la nature de l'acte qui lui apportera application. Est ainsi entachée d'illégalité la décision de prendre un acte différent ou, au minimum, d'une valeur juridique

⁷⁷⁹ Cet arbitrage du juge administratif se concrétise notamment dans l'affaire CE 24 février 1999, *Association de patients de la médecine d'orientation anthroposophique et autres*, (Rec. p. 29 ; A.J.D.A., p. 823, note R. RICCI ; D.A., août-septembre 1999, comm. n° 227, p. 24, note J.-C. B.) relative aux objectifs fixés par une directive européenne : « en ne prenant pas les mesures réglementaires destinées à permettre la mise en œuvre de l'article L. 601-4 du code de la santé publique, le gouvernement s'est conformé, ainsi qu'il y était tenu, à la hiérarchie des normes dans l'ordre juridique interne, telles qu'elles découlent de l'article 55 de la Constitution ».

inférieure⁷⁸⁰. Désormais, lorsque la loi fait référence à l'autorité réglementaire pour l'application de ses dispositions, celle-ci doit utiliser la forme du décret en Conseil d'État⁷⁸¹. En revanche, l'acte édicté par l'autorité compétente peut se contenter de fixer les principes d'une réglementation concernant certaines modalités d'application déterminées et renvoyer à une autorité inférieure le soin de les déterminer plus concrètement. Cette possibilité n'est considérée comme valide que si les principes relatifs à ces modalités particulières sont établis de manière suffisamment précise⁷⁸².

À ce stade, se pose la question connexe de savoir si l'autorité compétente peut procéder, selon son choix, à une application réglementaire ou individuelle. En pratique, l'administration a bien évidemment tout intérêt à choisir l'acte réglementaire. En effet, si l'application des textes était uniquement assurée par l'édition d'actes individuels, l'administration aurait à fournir un travail aussi considérable que complexe, et donc peu praticable, notamment eu égard au risque d'inégalités dans les applications individualisées du texte. La jurisprudence estime que l'administration n'est tenue de recourir à la voie réglementaire que si celle-ci est indispensable à l'application de la règle. Dans ce cas, la liberté de l'administration disparaît car il ne serait pas admissible de faire usage d'une série de décisions particulières au lieu d'une réglementation générale. L'administration, en procédant de la sorte, pourrait appliquer selon son gré la règle sans être liée d'un cas à l'autre. De plus, l'autorité compétente pour adopter la réglementation générale, n'est pas nécessairement compétente pour prendre les décisions individuelles requises. En cas contraire, l'administration peut procéder à l'application du texte par des décisions

⁷⁸⁰ CE 20 juin 1958, *Conseil central de la section « D » de l'Ordre national des pharmaciens*, Rec. p. 373. Par exemple, jusqu'à l'intervention de la loi du 7 juillet 1980 (n° 80-514 du 7 juillet 1980 portant suppression du renvoi au RAP dans les lois, J.O.R.F. du 9 juillet 1980, p. 1704), le législateur pouvait imposer de n'édicter les règlements d'application qu'après avis de l'assemblée générale du Conseil d'État. Dans ce cas, la lettre de la loi précisait que l'application serait apportée par règlement d'administration publique. Cet acte particulier, pris sur invitation du législateur, conserve son caractère administratif, et est soumis au contrôle du juge : CE 6 décembre 1907, *Compagnie des chemins de fer de l'Est et autres*, S., III, p. 1 (Rec. p. 913, concl. J. TARDIEU ; S., 1908, III, p. 1, note M. HAURIOU et concl. ; R.D.P., 1908, p. 38, note G. JÈZE ; D., 1909, III, p. 57, concl. ; G.A.J.A., n° 18).

⁷⁸¹ CE 30 décembre 2002, *Meyet*, Rec. p. 491 ; R.F.D.A., 2003, p. 204.

⁷⁸² CE 2 juillet 1958, *Fédération nationale des syndicats d'utilisateurs et transformateurs du lait*, Rec. p. 407 ; CE 15 juillet 1960, *Établissements Omer Decugis et autres*, Rec. p. 478 ; CE Sect. 12 mars 1965, *Syndicat national des médecins et dentistes conseils de la Sécurité sociale C.G.C. et autres et syndicat général des médecins conseils des Caisses de Sécurité sociale*, Rec. p. 166.

individuelles. Plus encore, le juge sanctionne le refus d'une application aux cas particuliers d'une règle, fondé sur le motif de l'absence de règlement d'application, si l'intervention d'un tel règlement n'est pas nécessaire à l'application du texte⁷⁸³. Cette dernière observation apporte un élément supplémentaire propre à confirmer que le dispositif vise à l'effectivité concrète de la règle d'origine, à plus forte raison dans la mesure où l'administration peut répartir entre plusieurs textes les dispositions d'application⁷⁸⁴. Le pouvoir réglementaire n'est en effet pas tenu d'épuiser en un seul acte l'exercice de sa compétence, il peut le fractionner en plusieurs⁷⁸⁵.

En outre, s'agissant du moment de l'intervention des mesures d'application, l'administration a, en principe et sur le terrain de la légalité, le droit à sa libre détermination, alors même que le texte aurait fixé un délai pour cette intervention. Toutefois, ce principe est à nuancer immédiatement car le juge semble opérer une distinction selon laquelle certains textes fixent des délais de manière indicative et d'autres de manière impérative. Dans le premier cas, le caractère indicatif du délai est déduit du fait qu'un règlement d'application intervenant hors du délai fixé n'est pas entaché d'illégalité de ce seul fait⁷⁸⁶. Dans le second cas, l'inobservation du délai considéré comme impératif par référence à la volonté de l'auteur du texte à appliquer peut être sanctionnée par l'annulation de l'acte. Telle est la situation de l'affaire *Société Van Outryve et autres*⁷⁸⁷, dans laquelle la Haute juridiction déclare illégale la décision du Ministre des Finances retardant de six mois l'application d'un texte. Il en va de même si le texte à mettre en œuvre prévoit que ses mesures d'application ne

⁷⁸³ Notamment, CE 23 mai 1958, *Ministre de l'Éducation nationale*, Rec. p. 293 ; CE 10 mars 1961, *Union départementale des associations familiales de Haute-Savoie*, Rec. p. 172 ; CE 13 octobre 1961, *Dame Blake*, Rec. p. 562.

⁷⁸⁴ CE 20 novembre 1953, *Fédération nationale des déportés et internés résistants et patriotes*, Rec. p. 511 ; CE, 11 février 1955, *Crève Cœur et autres*, Rec. p. 86 ; CE 18 janvier 1957, *Chatillon*, Rec. p. 39 ; CE 13 juillet 1962, *Kevers-Pascalis*, Rec. p. 475 ; D. 1963, p. 606, note J.-M. AUBY.

⁷⁸⁵ CE Ass. 13 juillet 1966, *Syndicat unifié des techniciens de la radiodiffusion-télévision française et autres*, Rec. p. 495 ; A.J.D.A., p. 609, chron. J.-P. LECAT et J. MASSOT, p. 615, concl. J.-M. GALABERT ; R.D.P., 1967, p. 363, concl. ; C.J.E.G., 1967, p. 143.

⁷⁸⁶ Par exemple, CE 16 octobre 1931, *Dame Dufresne*, Rec. p. 879 ; CE 22 novembre 1933, *Caisse régionale de crédit agricole mutuel d'Avignon*, p. 1072 ; CE Ass. 31 mars 1950, *Soc. mutualiste des professions libérales*, Rec. p. 212 ; D., Somm., p. 36 ; CE 17 mars 1961, *Groupe national des produits laitiers*, Rec. p. 194 ; et, plus récemment, CE 13 mai 1996, *Commune de Franconville-la-Garenne*, Rec. p. 178 ; B.J.D.U., 4/96, p. 267, concl. C. MAUGÜÉ ; J.C.P., G., IV, 1966, obs. M.-C. ROUAULT.

⁷⁸⁷ Rec. p. 787 ; S., III, p. 116 ; R.D.P., p. 629, concl. R. RIVET.

pourront entrer en vigueur qu'à l'expiration d'un certain délai, courant à compter de leur publication⁷⁸⁸.

Ces solutions sont inapplicables en contentieux de la responsabilité. Le juge administratif considère en effet que les mesures d'application doivent être édictées dans « *un délai raisonnable* »⁷⁸⁹, au-delà duquel la carence de l'autorité compétente est illégale et fautive ; ce qui a pour but d'éviter que l'administration repousse perpétuellement son intervention en se prévalant de cette liberté. Plus encore, dans un arrêt du 12 décembre 2003, la Haute juridiction consacre un principe général du droit exigeant la publication dans un délai raisonnable des règlements édictés par l'administration, sauf en cas de survenance de circonstances particulières y faisant obstacle, sous contrôle du juge⁷⁹⁰. En l'espèce, le Conseil d'État estime naturellement qu'après vingt ans, le délai raisonnable est dépassé, et assortit sa décision d'annulation d'une injonction. La durée du délai raisonnable toléré pour édicter des mesures d'application d'une règle écrite dépend des circonstances. L'étude de la jurisprudence sur ce sujet révèle qu'elle peut être supérieure à vingt mois dans le cas d'un changement de gouvernement et de préparation d'une modification de la norme à appliquer⁷⁹¹. Le délai est, de façon plus précise, considéré comme dépassé au bout de quatre ans, et ce, quand bien même l'élaboration des mesures d'application aurait présenté des difficultés particulières⁷⁹² ; ou encore au bout d'un an et demi, en dehors de telles circonstances⁷⁹³. Dans ce cas, le juge, sur demande du requérant,

⁷⁸⁸ CE 10 avril 2002, *Société des agrégés de l'université*, Rec., Tables, p. 592, p. 761 et p. 863.

⁷⁸⁹ CE Sect. 24 juillet 1936, *Syndicat général de défense des grands vins de la Côte-d'Or*, Rec. p. 861 ; R.D.P., 1937, III, p. 41, concl. M. LAGRANGE, note M. WALINE.

⁷⁹⁰ CE 12 décembre 2003, *Syndicat des commissaires et hauts fonctionnaires de la police nationale*, Rec. p. 506 ; A.J.D.A., 2004, p. 442, note H. M. ; J.C.P., A., 2004, 1134, note M.-C. ROUAULT ; B.J.C.L., 2004, n° 4, p. 237, concl. T. OLSON.

⁷⁹¹ CE 3 octobre 1997, *Association nationale d'assistance aux frontières pour les étrangers*, Rec. p. 327 ; A.J.D.A., p. 909, obs. F. JULIEN-LAFERRIÈRE.

⁷⁹² CE 27 juillet 2001, *Syndicat général de l'éducation nationale (S.G.E.N.)-C.F.D.T.*, Rec. p. 419 ; CE 22 octobre 2010, *Société Document Channel*, n° 330216, inédit. La même solution est intervenue pour un délai de 2 ans et 6 mois, en présence de difficultés « rencontrées par l'administration dans l'élaboration de ces textes et du changement de Gouvernement à la suite de l'élection présidentielle du printemps 2002 » : CE 27 juillet 2005, *Syndicat national des pharmaciens praticiens hospitaliers et praticiens hospitaliers universitaires et autres*, Rec., Tables, p. 722, p. 1057, p. 1102.

⁷⁹³ CE 30 décembre 2009, *Département de la Seine-Saint-Denis et département de Saône-et-Loire*, Rec., Tables, p. 616, p. 618 et p. 940.

enjoint à l'autorité compétente de prendre dans un délai déterminé les actes d'application nécessaires⁷⁹⁴.

Par ailleurs, la question de la publication des actes administratifs a fait l'objet de précisions en 2003, à l'occasion de l'affaire *Groupement des éleveurs mayennais de trotteurs*⁷⁹⁵. La Section du Conseil d'État rappelle la règle selon laquelle l'administration doit statuer dans les formes et selon la procédure prescrite par les lois et règlements en vigueur. Il résulte de cette décision que l'administration ne peut suivre une procédure prévue par un texte non publié car il n'est pas entré en vigueur, ce qui se situe dans la droite ligne de l'idée selon laquelle la légalité de l'action administrative repose en partie sur l'opposabilité des normes sur lesquelles elle se fonde. Cependant, la jurisprudence relative à la question du moment de l'édiction de mesures d'application révèle également son caractère pragmatique, en admettant la possibilité pour l'administration de procéder à une application par anticipation des textes, avant la publication d'une nouvelle règle écrite. Dans cette hypothèse, les décisions d'application ne peuvent entrer en vigueur avant le texte qui en est à l'origine⁷⁹⁶, et ne doivent pas prendre effet avant leur base légale. L'Assemblée du Conseil d'État limite la portée de cette règle aux actes non individuels⁷⁹⁷ : un acte réglementaire non publié ne peut pas servir immédiatement de fondement à des actes individuels. Cette ligne de conduite a été appliquée, dans l'affaire *Barre et Honnet*⁷⁹⁸, à l'édiction d'un règlement dont l'application était subordonnée à l'intervention d'une loi qui n'était pas encore votée.

L'ensemble de ces règles formelles relatives aux mesures d'applications des règles écrites révèle une préoccupation fondamentale de pragmatisme. Il est

⁷⁹⁴ Tel était également le cas dans l'arrêt CE 12 décembre 2003, *Syndicat des commissaires et hauts fonctionnaires de la police nationale*, précité.

⁷⁹⁵ CE Sect. 30 juillet 2003, *Groupement des éleveurs mayennais de trotteurs (G.E.M.T.R.O.T.)*, Rec. p. 346 ; A.J.D.A., p. 1813, chron. F. DONNAT et D. CASAS ; R.F.D.A., p. 1134, concl. F. SÉNERS ; et CE Sect. 26 juillet 1996, *Association lyonnaise de protection des locataires*, Rec. p. 293, concl. C. MAUGÜÉ.

⁷⁹⁶ CE 27 juin 1913, *Cornus*, Rec. p. 764 ; CE 18 juillet 1913, *Syndicat national des chemins de fer de France et des colonies*, Rec. p. 875, concl. J. HELBRONNER ; S. 1914, III, p. 1, note M. HAURIUO.

⁷⁹⁷ CE Ass. 13 décembre 1957, *Barrot et autres*, Rec. p. 675.

⁷⁹⁸ CE Ass. 10 mai 1974, Rec., Tables, p. 276 : le décret attaqué, relatif à la réforme de la procédure civile, subordonnait son entrée en vigueur à celle d'une future loi unifiant les professions d'avocat et d'avoué.

considéré comme souhaitable de faciliter la mise en œuvre par l'autorité compétente des nouvelles législations et réglementations, tant que cette mise en œuvre ne porte pas atteinte aux droits des administrés, sous contrôle du juge.

β – La concrétisation matérielle

La détermination des implications concrètes de la notion d'application de la loi reste malaisée ; il est difficile de distinguer concrètement ce qui relève de la loi de ce qui relève de ses mesures réglementaires d'application. Une lecture combinée des dispositions des articles 34 et 37 de la Constitution ne mène qu'au constat selon lequel tout ce qui n'est pas du domaine de la loi relève, en principe, du ou des décrets devant être pris pour son application. Ce constat, proche de la jurisprudence du Conseil constitutionnel⁷⁹⁹, peut utilement servir de guide pour le pouvoir réglementaire d'application de la loi, mais ne permet pas de résoudre les difficultés rencontrées en pratique.

La loi peut aller en-deçà des matières énoncées à l'article 34, créant de fait une obligation d'édicter des mesures d'application dans des domaines pour lesquels le Gouvernement n'est pas compétent. Si le juge constitutionnel ne l'a pas censurée au préalable⁸⁰⁰, la loi entre en vigueur et s'impose à l'administration et au juge

⁷⁹⁹ CC n° 76-94 L, 2 décembre 1976, *Nature juridique des dispositions de l'article 5 de la loi n° 75-1329 du 31 décembre 1975 codifié sous l'article L 72-1 du code électoral*, Rec. p. 67 : « la Constitution, en son article 34, réserve au législateur la fixation des règles concernant les droits civiques, règles au nombre desquelles figure notamment l'attribution du droit de suffrage, et laisse, en vertu de son article 37, au pouvoir réglementaire le soin d'édicter les mesures nécessaires pour l'application de ces règles ».

⁸⁰⁰ En effet, pour le Conseil constitutionnel, les actes réglementaires d'application des lois sont soumis au respect des articles 34 et 37 de la Constitution, le législateur ne peut modifier les domaines législatif et réglementaire. Une telle loi déférée au Conseil constitutionnel sera censurée : « La circonstance que les orientations ci-dessus mentionnées soient énoncées en des termes généraux, ne saurait par elle-même conférer à l'autorité réglementaire chargée d'en déterminer les conditions d'application le pouvoir de fixer des règles ou des principes fondamentaux que la Constitution réserve à la loi ».

administratif⁸⁰¹, alors même qu'elle contient une habilitation qui résulte en réalité d'une incompétence négative. La loi peut également aller au-delà des dispositions de l'article 34 en empiétant sur le domaine réglementaire⁸⁰². La position de subordination de la mesure réglementaire d'exécution par rapport à la loi a pour corollaire le nécessaire respect d'un cadre. Ce cadre matériel est plus ou moins clairement défini, il peut n'être constitué que de certaines conceptions ou d'objectifs qui peuvent être analysés comme « *autant d'invitations plus ou moins explicites à faire ou à ne pas faire, adressées au pouvoir réglementaire. Et l'invitation d'une autorité supérieure n'est pas très différente d'une habilitation.* »⁸⁰³. Le domaine des actes réglementaires d'application de la loi est finalement fixé par la loi à appliquer. La certitude la plus importante est également la plus évidente : l'autorité compétente est liée par les termes du texte. Elle doit les compléter, mais elle ne peut, évidemment, les contredire. « *Dès lors que la matière est législative, le législateur tient le pouvoir de modeler la manière dont le gouvernement pourra mettre en œuvre les dispositions qu'il fixe* »⁸⁰⁴.

Enfin, il est nécessaire de remarquer qu'à l'obligation d'exercer le pouvoir réglementaire d'application des textes s'ajoute, dans certaines hypothèses, celle d'édicter des mesures transitoires d'application d'une réglementation nouvelle. Cette

⁸⁰¹ La position du Conseil d'État n'est pas identique à celle du Conseil constitutionnel sur ce point. En cas d'empiètement par le pouvoir réglementaire sur le domaine législatif dû à une délégation explicite du législateur, le juge administratif ne peut pas dénoncer l'inconstitutionnalité de la loi qui en a permis l'édiction : CE 21 juillet 1989, *Association des médecins pour le respect de la vie*, Rec. p. 163 ; R.D.P., 1990, p. 279, concl. B. STIRN ; A.J.D.A., 1991, p. 469, note D. CUSTOS. Au contraire, en l'absence d'une invitation par le législateur, le juge doit interpréter la loi conformément à la Constitution et, par conséquent, annuler les dispositions réglementaires relevant du domaine de l'article 34 : CE Ass. 7 mai 1971, *Sieur Joseph Rivière*, Rec. p. 331 ; A.J.D.A., p. 607, concl. J. KAHN, p. 614, note P. FERRARI.

⁸⁰² Et ce, sans encourir la sanction par le juge constitutionnel : CC n° 82-143 DC, 30 juillet 1982, *Loi sur les prix et les revenus, notamment ses articles 1, 3 et 4*, dite « *Blocage des prix* », Rec. p. 57 ; G.D.C.C. n° 16 ; et CC n° 2005-512 DC, 21 avril 2005, *Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école*, Rec. p. 72 ; D., 2006, Pan. 826, obs. V. OGIER-BERNAUD et C. SEVERINO ; G.D.C.C. n° 32.

⁸⁰³ BOULOUIS N., *Sur une notion discutable : l'édiction des mesures d'application des lois en vertu "d'habilitations législatives"*, in *Juger l'administration, administrer la justice*, Mélanges Daniel LABETOULLE, Paris, L.G.D.J., 2007, p. 113 à 120, p. 115.

⁸⁰⁴ BOULOUIS N., *op. cit.*, p. 115.

dernière est consacrée par la décision *Société KPMG*⁸⁰⁵ et s'applique dans certains cas particuliers⁸⁰⁶, elle n'est en effet pas revêtue d'un caractère systématique⁸⁰⁷. De plus, le commissaire du Gouvernement Mattias GUYOMAR⁸⁰⁸ précise que cette obligation ne pèse sur l'autorité compétente que dans deux séries d'hypothèses : d'une part, si l'application immédiate de la réglementation nouvelle est impossible en fait ou en droit, ou si la situation est telle qu'il est nécessaire d'éviter un changement de réglementation trop soudain, d'autre part. Le juge apprécie s'il convient de procéder à l'élaboration d'un régime transitoire en effectuant un contrôle de proportionnalité. Ce contrôle a pour point de départ la prise en compte de l'objet de la réglementation nouvelle, et ensuite s'attache aux conséquences de son application immédiate. À l'issue de cette démarche, s'il apparaît que la règle nouvelle ne perturbe pas les situations en cours, l'obligation d'aménager ses effets dans le temps ne s'applique pas. Dans le cas contraire, il reste à déterminer si cette atteinte est proportionnée au but poursuivi par le nouveau dispositif. Si tel est le cas, la réglementation peut s'appliquer immédiatement, même s'il est toujours possible de prévoir des mesures transitoires justifiées par des motifs d'opportunité. Dans le cas contraire, l'obligation de prévoir des mesures transitoires pèse sur l'autorité compétente pour les édicter, afin qu'un juste équilibre entre l'exigence d'entrée en vigueur de la nouvelle réglementation et celle de respect du principe de sécurité juridique se réalise.

L'obligation d'exercer le pouvoir réglementaire d'application des textes comprend des modalités qui révèlent le but de son existence : garantir l'efficacité des

⁸⁰⁵ CE Ass. 24 mars 2006, *Société KPMG et Société Ernst & Young et autres*, Rec. p. 154 ; R.F.D.A., p. 463, concl. Y. AGUILA, et p. 483, étude F. MODERNE ; B.J.C.P., n° 46, p. 173, concl. Y. AGUILA (extraits) et obs. P. TERNEYRE ; A.J.D.A., p. 1028, chron. C. LANDAIS et F. LENICA, et p. 2214, étude L. TESOKA ; D., n° 18, p. 1190, chron. P. CASSIA ; J.C.P., A., 1120, note J.-M. BELORGEY ; J.C.P., G., I, 150, chron. B. PLESSIX ; et II, 10113, note J.-M. BELORGEY ; R.D.P., 2007, p. 285, ét. J.-M. WOEHLING ; G.A.J.A. n° 113.

⁸⁰⁶ « Il reviendra au pouvoir réglementaire, sous contrôle du juge, d'identifier, au cas par cas, et au terme d'un bilan entre les avantages et les inconvénients de l'application immédiate, les hypothèses dans lesquelles des mesures transitoires s'imposent », C. LANDAIS et F. LENICA, *Sécurité juridique : la consécration*, in *Chronique générale de jurisprudence administrative*, A.J.D.A., 2006, p. 1028 à 1023, p. 1032.

⁸⁰⁷ Comme le relève également le commissaire du Gouvernement Mattias GUYOMAR dans ses conclusions sur CE Sect. 13 décembre 2006, *Mme Lacroix*, *Sécurité juridique et mesures transitoires*, R.F.D.A., 2007, p. 6 à 16, p. 11. CE Sect. 13 décembre 2006, *Mme Lacroix*, Rec. p. 540, concl. M. GUYOMAR ; R.F.D.A., 2007, p. 6 concl. ; A.J.D.A., 2007, p. 358, chron. F. LENICA et J. BOUCHER ; D., 2007, n° 12, p. 847, note O. BUI-XUAN.

⁸⁰⁸ Dans ses conclusions sur l'arrêt CE Sect. 13 décembre 2006, *Mme Lacroix*, précitées, p. 11-12.

règles écrites. Le texte à mettre en œuvre pose un cadre au pouvoir réglementaire, la Constitution et la jurisprudence lui imposant de procéder à l'exécution concrète de la norme, dans un délai raisonnable et sous le contrôle du juge. L'ensemble de son régime juridique vise à l'efficacité de la règle écrite d'origine.

B - Les obligations dérivées

« Le pouvoir réglementaire peut, par sa nature même, être mis en œuvre chaque fois qu'il est nécessaire. Ce pouvoir, qui consiste à appliquer des normes à certains faits sociaux ne saurait s'éteindre par le premier usage »⁸⁰⁹. Partant, il est possible de distinguer deux modalités du pouvoir réglementaire : un pouvoir initial complété par un pouvoir dérivé. Certains auteurs dégagent à ce propos une obligation « d'entretien des textes »⁸¹⁰, constituant un prolongement naturel de l'obligation d'exercice initial de ce pouvoir ; mais l'exercice de ces deux aspects du pouvoir réglementaire n'est pas obligatoire dans les mêmes hypothèses.

L'objet du pouvoir réglementaire dérivé n'est pas de combler un vide, mais de modifier un état de droit préexistant. Cette modification doit vraisemblablement intervenir quand l'acte réglementaire n'est plus à même de remplir son rôle, quand il n'est pas ou plus adapté aux circonstances de droit ou de fait. Quant à l'acte de valeur législative, la question de l'existence d'une obligation de modification ou d'élimination de la règle contraire est plus incertaine. Cette obligation se concrétise principalement de deux manières : par la disparition de l'acte (1) ou par sa modification (2).

1. L'élimination des règles contraires

Les autorités publiques sont soumises au droit et doivent donc se conformer à un ensemble de normes hiérarchisées et cohérentes les unes par rapport aux autres. Or, en tant que producteurs de normes, les autorités publiques ont-elles également

⁸⁰⁹ AUBY J.-M., *L'abrogation des actes administratifs*, A.J.D.A., 1967, p. 131 à 139, p. 137.

⁸¹⁰ L'expression est empruntée à B. SEILLER, *Précisions sur l'obligation d'exercer le pouvoir réglementaire*, A.J.D.A., 2004, p. 761 à 766, p. 763.

l'obligation de veiller à la cohérence des normes composant l'ordre juridique ? Le droit administratif classique dégage des obligations d'abrogation ou de modification des règlements illégaux, auxquelles sont soumises les autorités gouvernementales et administratives. « *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* »⁸¹¹. Cette obligation d'abrogation constitue une importante atténuation du principe selon lequel un acte réglementaire peut, à tout moment, être abrogé ou modifié par l'autorité qui l'a émis – principe qui a pour corollaire le fait qu'un règlement ne crée aucun droit à son maintien⁸¹². Elle a été consacrée par l'article 3 du décret du 28 novembre 1983 et élevée au niveau de principe par la célèbre jurisprudence *Compagnie Alitalia*⁸¹³. Elle a ensuite été reprise par le législateur⁸¹⁴.

Si l'obligation d'abrogation d'un règlement illégal implique de le faire disparaître pour l'avenir, le retrait de l'acte réglementaire est, quant à lui, rétroactif, ce qui peut poser des difficultés supplémentaires. Certes, un acte réglementaire ne peut créer de droits acquis, mais il peut servir de fondement à d'autres actes qui, eux, sont susceptibles d'être créateurs de droits. Ainsi, le retrait d'un acte réglementaire n'est pas une obligation. Il convient également de préciser que l'obligation d'abroger un acte réglementaire irrégulier n'est pas exempte d'exceptions, consacrées par des dispositions législatives.

⁸¹¹ CE Ass. 3 février 1989, *Compagnie Alitalia*, Rec. p. 44 ; R.F.D.A., p. 391, concl. N. CHAHID-NOURAÏ, p. 417, note L. DUBOUIS, p. 422, note O. BEAUD ; A.J.D.A., p. 387, note O. FOUQUET ; R.T.D.E., p. 509, note J. VERGÈS, p. 685, chron. V. CONSTANTINESCO, D. SIMON et P. SOLER-COUTEAUX ; R.J.F., p.115, note J. TUROT, p. 125, concl. ; L.P.A., n°149, 13 décembre 1989, comm. P. DEROUIN ; G.A.J.A. n°90.

⁸¹² CE 17 mars 1911, *Blanchet et autres*, D.P., 1913, 3, p. 72 ; CE 25 juin 1954, *Syndicat national de la meunerie à seigle*, Rec. p. 379 ; D., 1955, III, p. 49, concl. J. DONNEDIEU DE VABRES.

⁸¹³ CE Ass. 3 février 1989, *Compagnie Alitalia*, précité.

⁸¹⁴ L'article 1 du Chapitre préliminaire de la loi n°2007-1787 du 20 décembre 2007 relative à la simplification du droit (J.O.R.F. n°296 du 21 décembre 2007, p. 20639, texte n°2) ajoute un article 16-1 à la loi n°2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations (J.O.R.F. n°88 du 13 avril 2000, p. 5646) qui dispose : « *L'autorité administrative est tenue, d'office ou à la demande d'une personne intéressée, d'abroger expressément tout règlement illégal ou sans objet, que cette situation existe depuis la publication du règlement ou qu'elle résulte de circonstances de droit ou de fait postérieures à cette date.* ».

Si le principe selon lequel un acte réglementaire peut, à tout moment, être abrogé ou modifié par l'autorité qui l'a émis reste dominant, la grande liberté de l'administration en la matière s'est vue limitée par les exigences de la jurisprudence *KPMG*⁸¹⁵. En effet, comme il a déjà été précisé, cette jurisprudence pose une obligation au pouvoir réglementaire qui doit, dans certains cas, édicter des mesures transitoires. Cette obligation incombe au pouvoir réglementaire si l'application immédiate de la réglementation nouvelle est impossible en fait ou en droit, ou si la situation est telle qu'il est nécessaire d'éviter un changement de réglementation trop soudain. Ces hypothèses peuvent se réaliser quand une réglementation nouvelle est édictée, mais aussi quand une réglementation ancienne est abrogée ou modifiée.

L'exercice obligatoire du pouvoir réglementaire dérivé en la matière s'inscrit dans le cadre de l'exigence du respect de la hiérarchie des normes et concerne indistinctement les normes, qu'elles soient directement applicables ou non. Ainsi incombe-t-il au pouvoir réglementaire d'abroger les dispositions contraires à la Constitution⁸¹⁶, à la Convention européenne des Droits de l'Homme⁸¹⁷, aux traités instituant l'Union européenne⁸¹⁸, à une décision de la Commission européenne⁸¹⁹, à une directive européenne⁸²⁰, à une loi⁸²¹ et à un règlement⁸²². Il s'agit donc d'une obligation qui n'est pas spécifique aux normes non directement applicables, mais qui constitue un élément important de leur régime juridique. Au-delà de l'abrogation et

⁸¹⁵ CE Ass. 24 mars 2006, *Société KPMG et Société Ernst & Young et autres*, précité.

⁸¹⁶ CE 1^{er} octobre 2001, *Association nationale d'assistance aux frontières pour les étrangers (A.N.A.F.E.)*, Rec. p. 443.

⁸¹⁷ CE 7 février 2003, *Groupement d'information et de soutien des travailleurs immigrés (G.I.S.T.I.)*, Rec. p. 30 ; D.A., avril 2003, comm. n° 84, p. 21, note V. TCHEN ; A.J.D.A., p. 996, note F. JULIEN-LAFERRIÈRE ; R.D.P., p. 903, note P. MOUZET ; R.F.D.A., p. 972, chron. A. FITTE-DUVAL et S. RABILLER.

⁸¹⁸ CE 8 décembre 2000, *Association Église de scientologie de Paris et Scientology International Reserves Trust*, Rec. p. 592.

⁸¹⁹ CE 24 novembre 2003, *Société National Farmers' Union*, Rec., Tables, p. 651, p. 699, et p. 705 ; D.A., mars 2004, comm. n° 53, note E. GLASER, p. 28.

⁸²⁰ CE Sect. 20 juillet 2002, *Fédération C.F.D.T. Interco*, Rec. p. 269 ; R.D.P., 2003, p. 454, chron. C. GUETTIER.

⁸²¹ CE Ass. 28 juin 2002, *Villemain*, Rec. p. 229 ; A.J.D.A., p. 586, chron. F. DONNAT et D. CASAS ; R.F.D.A., p. 723, concl. S. BOISSARD.

⁸²² CE 10 octobre 2003, *Commune Rilleux-La-Pape*, Rec., Tables, p. 789, p. 996, et p. 1024 ; A.J.D.A., 2004, p. 791.

du retrait, il est possible d'envisager de modifier un acte réglementaire pour en faire cesser l'illégalité.

2. L'entretien des textes dans le temps

La modification d'un acte réglementaire implique généralement – mais pas nécessairement – une abrogation dans la mesure où elle comporte la suppression de certaines règles anciennes avant de les remplacer par d'autres règles nouvelles. Il existe cependant des hypothèses où la modification d'une réglementation existante s'opère uniquement par un ajout de règles, sans changement des dispositions anciennes. Le Conseil d'État a confirmé l'existence d'une obligation de modification des textes réglementaires d'application de la loi, notamment à l'occasion de la création du pacte civil de solidarité⁸²³. Il est intéressant de relever que la jurisprudence du Conseil constitutionnel mentionne également une telle obligation : « *les dispositions réglementaires, intervenues dans différents domaines, faisant référence à la qualité de "célibataire" devront être mises à jour pour tenir compte de la situation des personnes ayant conclu un tel pacte ; (...) d'ici là, la question de l'applicabilité de ces réglementations à ces personnes devra être résolue en fonction de leur objet* »⁸²⁴. L'obligation de modification des textes réglementaires présente l'intérêt d'offrir une solution alternative à l'obligation d'abrogation en cas d'illégalité d'un acte réglementaire. L'arrêt *Villemain*⁸²⁵ précise, de manière tout à fait cohérente et pour des raisons pragmatiques, que la modification obligatoire doit intervenir dans un délai raisonnable, la rapprochant ainsi de l'obligation d'exercice du pouvoir réglementaire initial : « *lorsque, sans pour autant rendre par elle-même inapplicables des dispositions réglementaires incompatibles avec elle, une loi crée une situation juridique nouvelle, il appartient au pouvoir réglementaire, afin d'assurer la pleine application de la loi, de tirer toutes les conséquences de cette situation nouvelle, en apportant, dans un délai raisonnable, les modifications à la réglementation applicable qui sont rendues nécessaires par les exigences*

⁸²³ CE Ass. 28 juin 2002, *Villemain*, précité.

⁸²⁴ CC n° 99-419 DC, 9 novembre 1999, *Loi relative au pacte civil de solidarité*, Rec. p. 116, considérant 30, p. 123.

⁸²⁵ CE Ass. 28 juin 2002, *Villemain*, précité.

inhérentes à la hiérarchie des normes et, en particulier, aux principes généraux du droit tels que le principe d'égalité »⁸²⁶. Cet élément renforce la similitude entre le pouvoir de modification et le pouvoir réglementaire initial d'exécution des lois, d'autant plus qu'il est tout à fait possible que le délai soit un élément transposable au régime de la modification demandée dans le cadre de la jurisprudence *Despujol*⁸²⁷.

Il reste à constater qu'à l'instar de l'obligation d'abrogation, l'obligation de modification des dispositions illégales d'un acte réglementaire n'est concrètement déclenchée qu'à la demande des administrés et ne résulte donc pas d'une action spontanée des détenteurs du pouvoir réglementaire –quoique l'administration puisse toujours décider d'abroger un acte réglementaire, qu'il soit légal ou non. Les administrés expriment le plus souvent des demandes tendant à la disparition de l'acte réglementaire litigieux plutôt qu'à sa modification. Il en résulte un manque de prise en compte de la seconde, malgré les avantages qu'elle peut présenter⁸²⁸.

Paragraphe II : L'exercice « discrétionnaire » d'une compétence de mise en œuvre

Pour la majorité des normes juridique, il n'existe pas d'obligation de mise en œuvre comparable à l'exercice obligatoire du pouvoir réglementaire d'application des textes. Au premier abord, la mise en œuvre de ces normes semble relever d'une faculté d'exercice d'un pouvoir normatif. L'autorité compétente a, en la matière, une relative liberté d'appréciation, d'action et de décision. Pour autant, est-il nécessairement judicieux d'exclure l'existence d'obligations de mise en œuvre des dispositions constitutionnelles ou des stipulations internationales non directement applicables ? Tout dépend en fait du sens donné à ces obligations de mise en œuvre. Il est évident qu'elles ne comprennent pas d'obligation d'édicter les actes nécessaires à l'application des règles, identique à celle incombant à l'administration (A). En

⁸²⁶ Cette consécration se retrouve à l'état embryonnaire dans la jurisprudence classique : CE 10 janvier 1930, *Despujol*, Rec. p. 30 ; D. 1930, III, p. 16, note P.L.J. ; S., III, p. 41, note R. ALIBERT ; G.A.J.A. n° 42.

⁸²⁷ Comme le constate Bertrand SEILLER, *Précisions sur l'obligation d'exercer le pouvoir réglementaire*, A.J.D.A., 2004, p. 761 à 766, p. 764.

⁸²⁸ Voir *infra*, « Les conséquences de la demande de modification », p. 337.

revanche, l'obligation de mise en œuvre peut s'appliquer quand l'autorité normative est intervenue : une fois adoptées, les mesures d'applications sont soumises à certaines règles encadrant leur contenu (B)

A – Le « développement constitutionnel » et la réalisation des normes internationales

Les préoccupations récentes des acteurs juridiques et politiques de l'État français portent notamment sur l'inflation normative, comme en témoignent le rapport du Conseil d'État pour 1991⁸²⁹, la création de l'Office parlementaire d'évaluation de la législation, les multiples réflexions sur la codification, ou encore les expressions de volonté politique de rationaliser la présentation des projets de loi. Cependant, la mise en œuvre des normes de valeur constitutionnelle, qui pose la question de l'existence d'obligations positives pesant sur le législateur ou sur le pouvoir réglementaire, reste particulièrement lacunaire. Or, certaines dispositions à valeur constitutionnelle sont des normes non directement applicables, dont l'efficacité juridique dépend totalement d'une action normative complémentaire. Bien sûr, leur mise en œuvre, à l'instar de celle des normes d'origine internationale, peut résulter de contraintes politiques, mais elle reste difficile à caractériser sur le plan juridique.

La doctrine étrangère (en particulier espagnole et portugaise) a construit une conception d'obligation de développement de la Constitution pesant en priorité sur le pouvoir législatif⁸³⁰. Il est donc fondamental de s'interroger sur l'existence d'une obligation juridique de légiférer en droit français, une telle obligation pesant déjà de manière spécifique et autonome sur le pouvoir réglementaire⁸³¹. Il convient de vérifier si cette obligation existe pour les règles de valeur constitutionnelle (1) et pour les normes internationales (2).

⁸²⁹ Conseil d'État, Rapport public annuel 1991, *De la sécurité juridique*, E.D.C.E., n°43, Paris, La Documentation française, 1992.

⁸³⁰ RIBES D., *Existe-t-il un droit à la norme ? Contrôle de constitutionnalité et omission législative*, R.B.D.C., n° 3/1999, p. 237 à 274, notamment p. 241 et 242.

⁸³¹ Voir *supra*, Paragraphe I « L'obligation de mise en œuvre », p. 232 et suivantes.

1. La mise en œuvre des dispositions constitutionnelles

La détermination de l'existence d'une obligation de mise en œuvre des dispositions constitutionnelles conduit à identifier une obligation de légiférer (c), qui implique l'existence de fondements textuels (a) ou jurisprudentiels (b).

a. Des fondements textuels incertains

La détermination de fondements textuels à une obligation de légiférer conduit à analyser les articles numérotés du corps du texte constitutionnel (α) ainsi que les dispositions auxquelles le Préambule de la Constitution du 4 octobre 1958 renvoie, à savoir celles de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, du Préambule de la Constitution de 1946 et de la Charte de l'environnement de 2004 (β).

α – Le corps du texte constitutionnel

Le corps du texte constitutionnel ne semble pas réellement permettre d'éclairer la réflexion relative à l'existence d'une obligation de légiférer, malgré la présence notable de verbes au présent de l'indicatif impliquant l'idée d'obligation, selon la légistique. L'énonciation du dernier alinéa du premier article de la Constitution vise expressément la loi en fixant un objectif au Parlement : « *la loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales* ». Cet objectif, bien que portant sur de vastes domaines, appelle une série de mesures de mise en œuvre spécifiques. L'emploi du verbe « favoriser » révèle une volonté de conciliation entre les impératifs liés à l'égalité d'accès et ceux liés à la réglementation générale de certaines fonctions. L'obligation pesant sur le Parlement tirée de cet article implique davantage une orientation du travail législatif que l'existence d'un travail législatif⁸³². De manière

⁸³² La conclusion est la même s'agissant du troisième alinéa de l'article 4, qui dispose que « *la loi garantit les expressions pluralistes des opinions et la participation équitable des partis et groupements politiques à la vie démocratique de la Nation* ». Eu égard à cette formulation, l'emploi du verbe « garantir » porte plus vraisemblablement sur une obligation générale de veiller au respect du pluralisme politique (obligation négative, d'abstention) que sur une obligation spécifique de mise en œuvre.

plus générale, le manque de précision, tant dans la formulation de l'article 24 de la Constitution⁸³³, qu'en termes de circonstances à l'occasion desquelles le Parlement aurait l'obligation d'agir, rend la conclusion selon laquelle l'exercice de ces missions serait obligatoire fort fragile. L'option la plus raisonnable consiste à considérer que cette disposition se limite à définir une compétence parlementaire. Quant à l'énumération de l'article 34, elle se borne à constituer un champ matériel de compétence pour le Parlement : le législateur peut intervenir quand il le juge opportun sur ces matières précisément déterminées, il peut agir pour certaines et non pour d'autres. Le législateur a cependant l'obligation d'exercer cette compétence dans sa plénitude. Il en va de même pour l'alinéa 3 de l'article 25 de la Constitution⁸³⁴ dont la formulation a pour effet de déterminer une compétence spécifique. Enfin, il est également possible de s'interroger sur la formulation des énoncés des articles 47 et 47-1 pour en déduire une obligation de légiférer⁸³⁵. Ces articles fixent des délais d'adoption des projets de loi de finance et de loi de financement de la sécurité sociale, avec une possibilité pour le Gouvernement de prendre des dispositions par voie d'ordonnance en cas de carence parlementaire. Toutefois, il est tout aussi pertinent de considérer que seuls les délais d'adoption sont obligatoires et que ces articles n'ont d'autre objet que de régir les rapports entre le Parlement et le Gouvernement en la matière, permettant d'éviter l'absence de budget au 1^{er} janvier. La solution de la compétence du Gouvernement n'est pas une sanction de la carence du législateur, mais reste une compétence supplétive.

Par ailleurs, il est utile d'envisager les cas des dispositions constitutionnelles prévoyant l'intervention d'une loi organique chargée de mettre en œuvre, compléter ou préciser leurs prescriptions. L'article 46 de la Constitution dispose que « *les lois auxquelles la Constitution confère le caractère de lois organiques sont votées et modifiées* »

⁸³³ Dont le premier alinéa dispose : « *le Parlement vote la loi. Il contrôle l'action du Gouvernement. Il évalue les politiques publiques* ».

⁸³⁴ « *Une commission indépendante, dont la loi fixe la composition et les règles d'organisation et de fonctionnement, se prononce par un avis public sur les projets de texte et propositions de loi délimitant les circonscriptions pour l'élection des députés ou modifiant la répartition des sièges de députés ou de sénateurs.* ».

⁸³⁵ Jean-Marie GARRIGOU-LAGRANGE les considère comme les seuls articles du corps constitutionnel pouvant éventuellement servir de fondement à une obligation de légiférer : *L'obligation de légiférer*, in *Droits et politique à la croisée des cultures*, Mélanges Philippe ARDANT, Paris, L.G.D.J., 1999, p. 305 à 321, p. 307.

dans des conditions spécifiques. Le renvoi à une loi organique se retrouve dans une trentaine d'articles de la Constitution⁸³⁶. Certains renvois à la loi organique sont conçus comme une faculté ; tel est, par exemple, le cas du dernier alinéa de l'article 34 qui énonce que « *les dispositions du présent article pourront être précisées et complétées par une loi organique* ». D'autres, en revanche, sont clairement impératifs, comme le renvoi *in futurum* opéré par le dernier alinéa de l'article 61-1 ou le dernier alinéa de l'article 68, qui énoncent qu'« *une loi organique fixe les conditions d'application du présent article* ».

Depuis l'intervention de la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008⁸³⁷, vingt-trois lois organiques sont intervenues : huit d'entre elles sur le fondement de dispositions des titres XII et XIII de la Constitution relatifs aux collectivités territoriales et à la Nouvelle-Calédonie⁸³⁸ ; quatre sur le fondement de dispositions du titre VIII relatif à l'autorité judiciaire⁸³⁹ ; trois sur le fondement de dispositions des titres XI et XI bis relatifs au Conseil économique et social et au Défenseur des

⁸³⁶ Il s'agit des articles 6, 7, 11, 13, 23, 25, 27, 34, 34-1, 39, 44, 47, 47-1, 57, 61-1, 63, 64, 65, 68, 68-2, 69, 71, 71-1, 72, 72-1, 72-2, 72-4, 73, 74, 77, et 88-3. Le compte exclut l'article 46 qui définit le régime de la loi organique et l'article 61 qui rappelle l'obligation de contrôler la conformité à la Constitution des lois organiques.

⁸³⁷ Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V^e République, J.O.R.F. n° 171 du 24 juillet 2008, p. 11890, texte n° 2.

⁸³⁸ Loi organique n° 2011-918 du 1^{er} août 2011 relative au fonctionnement des institutions de la Polynésie française (J.O.R.F. n° 178 du 3 août 2011, p. 13225, texte n° 2) ; loi organique n° 2011-883 du 27 juillet 2011 (J.O.R.F. n° 173 du 28 juillet 2011, p. 12818, texte n° 1) ; loi organique n° 2011-870 du 25 juillet 2011 modifiant l'article 121 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie (J.O.R.F. n° 171 du 26 juillet 2011, p. 12705, texte n° 1) ; loi organique n° 2011-416 du 19 avril 2011 tendant à l'approbation d'accords entre l'État et les collectivités territoriales de Saint-Martin, de Saint-Barthélemy et de Polynésie française (J.O.R.F. n° 93 du 20 avril 2011, p. 6898, texte n° 1) ; loi organique n° 2010-1486 du 7 décembre 2010 relative au Département de Mayotte (J.O.R.F. n° 284 du 8 décembre 2010, p. 21458, texte n° 1) ; loi organique n° 2010-93 du 25 janvier 2010 tendant à permettre à Saint-Barthélemy d'imposer les revenus de source locale des personnes établies depuis moins de cinq ans (J.O.R.F. n° 21 du 26 janvier 2010, p. 1618, texte n° 2) ; loi organique n° 2010-92 du 25 janvier 2010 modifiant le livre III de la sixième partie du code général des collectivités territoriales relatif à Saint-Martin (J.O.R.F. n° 21 du 26 janvier 2010, p. 1617, texte n° 1) ; loi organique n° 2009-969 du 3 août 2009 relative à l'évolution institutionnelle de la Nouvelle-Calédonie et à la départementalisation de Mayotte (J.O.R.F. n° 180 du 6 août 2009, p. 13095, texte n° 1).

⁸³⁹ Loi organique n° 2012-208 du 13 février 2012 portant diverses dispositions relatives au statut de la magistrature (J.O.R.F. n° 38 du 14 février 2012, p. 2521, texte n° 1) ; loi organique n° 2010-1341 du 10 novembre 2010 relative à la limite d'âge des magistrats de l'ordre judiciaire (J.O.R.F. n° 262 du 11 novembre 2010, p. 20129, texte n° 1) ; loi organique n° 2010-830 du 22 juillet 2010 relative à l'application de l'article 65 de la Constitution (J.O.R.F. n° 168 du 23 juillet 2010, p. 13562, texte n° 1) ; loi organique n° 2010-541 du 25 mai 2010 prorogeant le mandat des membres du Conseil supérieur de la magistrature (J.O.R.F. n° 119 du 26 mai 2010, p. 9513, texte n° 1).

droits⁸⁴⁰ ; deux sur le fondement de l'article 13⁸⁴¹ ; deux sur le fondement de l'article 25⁸⁴² ; et les quatre lois organiques restantes portent respectivement sur le remboursement des dépenses de campagne de l'élection présidentielle⁸⁴³, la gestion de la dette sociale⁸⁴⁴, la question prioritaire de constitutionnalité⁸⁴⁵ et la procédure législative⁸⁴⁶. Ce rapide décompte démontre que certaines dispositions constitutionnelles n'ont pas été complétées par une loi organique, alors même que cette intervention semble indispensable à leur applicabilité. Outre le renvoi à certains actes ultérieurs, la formule selon laquelle « *une loi organique fixe les conditions d'application du présent article* » a pour effet d'habiliter le Parlement à prendre des lois organiques pour déterminer les conditions d'application des articles concernés. Une interprétation stricte de ce type d'énoncé aboutit à considérer qu'ils constituent des réserves de compétence, dont le respect est contrôlé par le Conseil constitutionnel : il existe un « *cloisonnement* »⁸⁴⁷ entre la compétence du législateur organique et celle du législateur ordinaire. Les dispositions des lois organiques relevant du domaine de la

⁸⁴⁰ Loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits (J.O.R.F. n° 75 du 30 mars 2011, p. 5497, texte n° 1) ; loi organique n° 2010-704 du 28 juin 2010 relative au Conseil économique, social et environnemental (J.O.R.F. n° 148 du 29 juin 2010, p. 11633, texte n° 1) ; loi organique n° 2009-966 du 28 juin 2010 du 3 août 2009 prorogeant le mandat des membres du Conseil économique, social et environnemental (J.O.R.F. n° 179 du 5 août 2009, p. 13031, texte n° 1).

⁸⁴¹ Loi organique n° 2010-837 du 23 juillet 2010 relative à l'application du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution (J.O.R.F. n° 169 du 24 juillet 2010, p. 13642, texte n° 1) ; loi organique n° 2009-257 du 5 mars 2009 relative à la nomination des présidents des sociétés France Télévisions et Radio France et de la société en charge de l'audiovisuel extérieur de la France (J.O.R.F. n° 56 du 7 mars 2009, p. 4321, texte n° 1).

⁸⁴² Loi organique n° 2011-410 du 14 avril 2011 relative à l'élection des députés et sénateurs (J.O.R.F. n° 92 du 19 avril 2011, p. 6826, texte n° 1) ; loi organique n° 2009-38 du 13 janvier 2009 portant application de l'article 25 de la Constitution (J.O.R.F. n° 11 du 14 janvier 2009, p. 720, texte n° 1).

⁸⁴³ Loi organique n° 2012-272 du 28 février 2012 relative au remboursement des dépenses de campagne de l'élection présidentielle (J.O.R.F. n° 51 du 29 février 2012, p. 3561, texte n° 1).

⁸⁴⁴ Loi organique n° 2010-1380 du 13 novembre 2010 relative à la gestion de la dette sociale (J.O.R.F. n° 265 du 16 novembre 2010, p. 20346, texte n° 3).

⁸⁴⁵ Loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution (J.O.R.F. n° 287 du 11 décembre 2009, p. 21379, texte n° 1).

⁸⁴⁶ Loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution (J.O.R.F. n° 89 du 16 avril 2009, p. 6528, texte n° 1).

⁸⁴⁷ ROBLOT-TROIZIER A., *Réflexion sur la constitutionnalité par renvoi*, C.C.C., 2007, n° 22, p. 198 à 210, p. 204.

loi ordinaire sont « déclassées »⁸⁴⁸ et peuvent ensuite être modifiées ou abrogées par une loi ordinaire. Une loi ordinaire ne peut empiéter sur la compétence organique sans méconnaître la disposition constitutionnelle opérant le renvoi. Ainsi, les lois organiques n'interviennent que dans les domaines et pour les objets limitativement énumérés par la Constitution⁸⁴⁹, et le législateur organique ne peut ni renvoyer à la loi ordinaire des dispositions qui doivent relever de la loi organique⁸⁵⁰, ni empiéter sur les pouvoirs du constituant⁸⁵¹.

β – Le Préambule de la Constitution du 4 octobre 1958

Quant aux dispositions du Préambule de la Constitution de 1958, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 contient neuf articles visant expressément la loi (articles 4 à 11 inclus) et ayant divers effets. Certaines dispositions entendent poser un cadre à l'action du pouvoir législatif⁸⁵². Les articles 6⁸⁵³ et 7⁸⁵⁴ précisent le statut de la loi. Enfin, les autres dispositions

⁸⁴⁸ CC n° 87-234 DC, 7 janvier 1988, *Loi organique relative au contrôle du Parlement sur les finances des régimes obligatoires de sécurité sociale*, Rec. p. 26 ; CC n° 99-410 DC, 15 mars 1999, *Loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie*, Rec. p. 51, considérant 57, p. 62 : « les dispositions de l'article 58, relatives au détachement et à l'intégration des fonctionnaires de la Nouvelle-Calédonie dans la fonction publique de l'État et dans la fonction publique territoriale soumise à la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984, de l'article 61, relatives à la titularisation dans la fonction publique de l'État d'agents non titulaires de l'État, et de l'article 207, relatives à la présidence des chambres territoriales des comptes de la Nouvelle-Calédonie et de la Polynésie française, ne concernent pas des matières que l'article 77 de la Constitution a placées dans le champ de compétence de la loi organique ; que les autres dispositions de la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel présentent, en vertu de l'article 77 de la Constitution, un caractère organique ».

⁸⁴⁹ CC n° 87-234 DC, 7 janvier 1988, *Loi organique relative au contrôle du Parlement sur les finances des régimes obligatoires de sécurité sociale*, Rec. p. 26.

⁸⁵⁰ CC n° 92-305 DC, 21 février 1992, *Loi organique modifiant l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature*, Rec. p. 27.

⁸⁵¹ CC n° 2007-547 DC, 15 février 2007, *Loi organique portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer*, Rec. p. 60.

⁸⁵² Tel est le cas des dispositions des articles 5 (« La Loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la Société »), 6 (« Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse ») et 8 (« La Loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires »).

⁸⁵³ « La Loi est l'expression de la volonté générale. Tous les Citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs Représentants, à sa formation ».

⁸⁵⁴ « Ceux qui sollicitent, expédient, exécutent ou font exécuter des ordres arbitraires, doivent être punis ; mais tout citoyen appelé ou saisi en vertu de la Loi doit obéir à l'instant : il se rend coupable par la résistance ».

déterminent la compétence exclusive du législateur pour certaines matières⁸⁵⁵. L'article 9 a potentiellement la rédaction la plus à même de servir de fondement à une obligation de légiférer⁸⁵⁶ ; mais, cette disposition –comme celles réservant la compétence pour certains domaines précis au législateur– a tout au plus pour but de prescrire une obligation initiale de légiférer. Une fois le dispositif législatif mis en place, la portée juridique de ces prescriptions se limite à la détermination de la compétence législative pour abroger ou modifier la législation initiale.

Par ailleurs, le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 comporte deux alinéas se référant explicitement à la loi. En premier lieu, l'alinéa 3 comporte une formulation dont l'analyse littérale se rapproche de celle de l'article 4 de la Constitution⁸⁵⁷. L'alinéa 3 énonce une norme directement applicable pour le juge administratif⁸⁵⁸, exigeant l'égalité des sexes « *dans tous les domaines* ». Or, cette obligation a un champ d'application particulièrement large, pour ne pas dire illimité. La mise en œuvre des prescriptions de l'alinéa 3 ne peut donc pas être spécifique, mais consiste en une obligation négative, de conformité. Cette déduction de l'absence d'obligation de légiférer est confortée par la jurisprudence du Conseil constitutionnel⁸⁵⁹, préférant relever l'existence d'un « principe d'égalité des sexes » à

⁸⁵⁵ « Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi » (article 4), « Nul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la Loi, et selon les formes qu'elle a prescrites » (article 7), « Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la Loi » (article 10), « La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'Homme : tout Citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la Loi » (article 11).

⁸⁵⁶ « Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi ».

⁸⁵⁷ « La loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme ».

⁸⁵⁸ Par exemple, CE 24 novembre 1982, *Confédération française démocratique du travail, et autres*, Rec. p. 393 ; CE 26 juin 1989, *Fédération des syndicats généraux de l'éducation nationale et de la recherche (S.G.E.N.-C.F.D.T.)*, Rec. p. 152 ; A.J.D.A., p. 726, obs. X. PRÉTOT ; R.A., p. 424, note P. TERNEYRE ; CE 11 mai 1998, *Melle Aldige*, Rec., Tables, p. 708, p. 749 et p. 974 ; D.A., avril 1989, comm. n° 246 ; R.F.D.A., p. 1011, concl. H. SAVOIE.

⁸⁵⁹ CC n° 97-388 DC, 20 mars 1997, *Loi créant les plans d'épargne retraite*, Rec. p. 31, considérant 13, p. 35 : « le principe constitutionnel d'égalité entre les sexes s'impose au pouvoir réglementaire sans qu'il soit besoin pour le législateur d'en rappeler l'existence ».

la référence explicite à l'alinéa 3⁸⁶⁰. En second lieu, la formulation de l'alinéa 7⁸⁶¹ est beaucoup plus délicate à étudier du fait de son ambiguïté, en dépit de laquelle lui est reconnue une applicabilité directe⁸⁶². Le constat de la volonté de confier au législateur la conciliation d'impératifs contradictoires⁸⁶³ conduit à pallier l'absence de mise en œuvre de l'alinéa 7 par la dévolution supplétive de la compétence en la matière au pouvoir réglementaire du Gouvernement, du chef de service⁸⁶⁴, ou des organes dirigeants d'un établissement public⁸⁶⁵. Pour autant, affirmer que cette jurisprudence consacre une obligation juridique de légiférer est certainement erroné : le problème est envisagé en termes de compétence, non en termes d'obligation de son exercice. En dehors de ces deux dispositions, la mise en œuvre de la plupart des autres composantes du Préambule de la Constitution de 1946 nécessite de manière évidente une intervention du législateur, alors même que cette intervention n'est pas consacrée par le texte⁸⁶⁶.

Enfin, la Charte de l'environnement de 2004 cite la loi dans quatre de ses dix articles et relève des mêmes grilles d'analyse que celles utilisées précédemment.

⁸⁶⁰ CC n° 81-133 DC, 30 décembre 1981, *Loi de finance pour 1982*, Rec. p. 41 à 45, considérant 9, p. 43. De plus, les censures en la matière sont souvent fondées sur l'article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 : CC n° 82-146 DC, 18 novembre 1982, *Loi modifiant le code électoral et le code des communes et relative à l'élection des conseillers municipaux et aux conditions d'inscription des Français établis hors de France sur les listes électorales*, Rec. p. 66 ; CC n° 98-407 DC, 14 janvier 1999, *Loi relative au mode d'élection des conseillers régionaux et des conseillers à l'Assemblée de Corse et au fonctionnement des conseils régionaux*, Rec. p. 21.

⁸⁶¹ « Le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent ».

⁸⁶² CE Ass. 7 juillet 1950, *Dehaene*, Rec. p. 426 ; R.D.P., p. 691, concl. F. GAZIER, note M. WALINE ; J.C.P., G., II, 5681, concl. ; R.A., p. 366, concl., note G. LIET-VEAUX ; Dr. Soc., p. 317, concl. ; S., III., p. 109, note J.D.V. ; D., p. 538, note M. A. GERVAIS ; G.A.J.A. n° 62 ; et, plus récemment, CE 30 novembre 1998, *Mme Rosenblatt et autres*, Rec., Tables, p. 987 ; CE 11 juin 2010, *Syndicat SUD R.A.T.P.*, Rec., Tables, p. 606, p. 798, p. 819, et p. 1003 ; A.J.D.A., p. 1719, concl. F. LENICA ; R.J.E.P., n° 681, décembre 2010, p. 23, concl. ; Dr. soc., p. 1099, note F. DUQUESNE.

⁸⁶³ CE Ass. 7 juillet 1950, *Dehaene*, précité : « L'Assemblée constituante a entendu inviter le législateur à opérer la conciliation nécessaire entre la défense des intérêts professionnels, dont la grève constitue l'une des modalités, et la sauvegarde de l'intérêt général auquel elle peut être de nature à porter atteinte ». L'emploi du terme « inviter » est tout à fait révélateur de l'embarras que suscite la question.

⁸⁶⁴ CE 30 novembre 1998, *Mme Rosenblatt et autres*, précité.

⁸⁶⁵ CE 8 mars 2006, *Onesto et autres*, Rec. p. 113 ; A.J.F.P., p. 206, concl. R. KELLER ; R.F.D.A., p. 1236, concl. ; J.C.P., G., I, 150, chron. B. PLESSIX ; C.J.E.G., n° 633, p. 307, note H. CASSAGNABÈRE ; D.A., juin 2006, comm. n° 98, p. 29, note M. LOMBARD.

⁸⁶⁶ Il s'agit tout particulièrement des alinéas 4, 5, 10 à 14, dont certains sont non directement applicables selon la jurisprudence. En particulier, les alinéas 10 à 14 mentionnent « la Nation » et « La République française », impliquant par là une intervention des diverses autorités publiques de l'État, chacune dans les limites de sa compétence.

L'article 3⁸⁶⁷ définit de manière classique une compétence réservée au législateur. Il en va de même pour les articles 4⁸⁶⁸ et 7⁸⁶⁹. En revanche, selon les termes mêmes du rapport sur le projet de loi constitutionnelle relatif à la Charte de l'environnement⁸⁷⁰, les autres dispositions sont conçues de telle manière qu'elles appellent toutes une mise en œuvre ; en particulier législative pour voir leurs effets se déployer pleinement. La volonté de laisser une latitude maximale au législateur est clairement affirmée. Ce constat se renforce à l'étude du rapport sur le projet de loi constitutionnelle qui précise, par exemple, que « le droit proclamé à l'article 1^{er} sera (...) un objectif de valeur constitutionnelle, s'imposant au législateur et l'appelant à l'initiative. Mais seule la loi consécutive pourra être critiquée devant le juge constitutionnel ou invoquée devant les juridictions ordinaires »⁸⁷¹. Les dispositions de la Charte de l'environnement de 2004 « appellent » donc « à l'initiative », tout comme celles du Préambule de la Constitution de 1946 « invitent » le législateur à « opérer les conciliations nécessaires ». Conformément à la position du Conseil constitutionnel⁸⁷², la seule obligation juridique initiale est l'élémentaire conformité à la règle supérieure. Enfin, il résulte nettement des travaux préparatoires de la Charte et de la jurisprudence⁸⁷³ que le

⁸⁶⁷ « Toute personne doit, dans les conditions définies par la loi, prévenir les atteintes qu'elle est susceptible de porter à l'environnement ou, à défaut, en limiter les conséquences ».

⁸⁶⁸ « Toute personne doit contribuer à la réparation des dommages qu'elle cause à l'environnement, dans les conditions définies par la loi ».

⁸⁶⁹ « 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 ».

⁸⁷⁰ KOSCIUSKO-MORIZET N., Rapport d'information n°1595 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 (n°992) relatif à la Charte de l'environnement, déposé à l'Assemblée nationale le 12 mai 2004, disponible sur le site internet de l'Assemblée nationale : <http://www.assemblee-nationale.fr/12/rapports/r1595.asp>. Sur l'articulation entre la Charte et les autorités publique, voir notamment p. 33-34.

⁸⁷¹ KOSCIUSKO-MORIZET N., *op. cit.*, p. 75.

⁸⁷² CC n°2005-514 DC, 28 avril 2005, *Loi relative à la création du registre international français*, Rec. p. 78, considérant 37, p. 85 : à l'occasion de l'invocation des dispositions de l'article 6, le Conseil juge « qu'il appartient au législateur de déterminer, dans le respect du principe de conciliation posé par ces dispositions, les modalités de sa mise en œuvre ».

⁸⁷³ CC n°2008-564 DC, 19 juin 2008, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*, Rec. p. 313 ; A.J.D.A. 2008, note O. DORD, p. 1614 à 1618 ; J.C.P., G., II, 2008, 10138, note A. LEVADE ; G.D.C.C. n°37.

renvoi à la loi a en réalité pour effet de poser « *une nouvelle règle de partage de compétence entre la loi et le règlement* »⁸⁷⁴.

b. Des fondements jurisprudentiels ambivalents

La doctrine française est partagée, tant sur la question de la nature que sur celle des effets des objectifs de valeur constitutionnelle⁸⁷⁵, considérant notamment qu'il n'existe pas d'obligation de réalisation qui en découle⁸⁷⁶. Ces divergences sont facilitées par l'apparente ambiguïté de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Or, les objectifs de valeur constitutionnelle ont des effets normatifs qui se traduisent principalement par des interdictions, des permissions et des obligations positives. L'interdiction peut consister en une obligation d'abstention pesant sur le législateur, qui ne peut valablement adopter de texte contraire. Il s'agit de la fonction normative la plus évidente et la plus élémentaire. À cette catégorie d'obligations se confronte la fonction de permission de limiter l'exercice des droits et libertés, inhérente à la nature même des objectifs de valeur constitutionnelle. Cette fonction existe dans de nombreux cas afin de permettre la mise en œuvre d'un objectif⁸⁷⁷.

Plus encore, « *ces objectifs instituent une obligation d'agir. Il incombe tant au législateur qu'au pouvoir réglementaire de déterminer leurs modalités concrètes d'application* »⁸⁷⁸. Au soutien de cette affirmation, il est possible de remarquer que le Conseil constitutionnel a déclaré des lois inconstitutionnelles sur le fondement de l'absence de mise en œuvre d'un objectif. Le comportement considéré comme non

⁸⁷⁴ AGUILA Y., concl. sur CE Ass. 3 octobre 2008, *Commune d'Annecy*, R.F.D.A., 2008, p. 1147 à 1157, p. 1155.

⁸⁷⁵ DE MONTALIVET P., *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, C.C.C., 2005, n° 20, p. 169.

⁸⁷⁶ Notamment, AUBY J.-B., *Le recours aux objectifs des textes dans leur application en droit public*, R.D.P., 1991, p. 327 à 337, en particulier p. 330-331.

⁸⁷⁷ CC n° 98-403 DC, 29 juillet 1998, *Loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions*, dite « *Taxe d'habitation* », Rec. p. 276, considérant 7, p. 278 : « *il appartient au législateur de mettre en œuvre l'objectif de valeur constitutionnelle que constitue la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent (...) il lui est loisible, à cette fin, d'apporter au droit de propriété les limitations qu'il estime nécessaires* ». Voir aussi la note de J. TRÉMEAU sous cette décision, R.F.D.C., 1998, n° 36, p. 765.

conforme est bien la carence, l'abstention du législateur, donc le manquement à une obligation positive consistant à mettre en œuvre les objectifs. Pour Pierre DE MONTALIVET⁸⁷⁹, certaines formulations choisies par le Conseil constitutionnel consacraient l'existence de cette obligation. Il est possible de relever à cet égard la décision portant sur la loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse⁸⁸⁰, ainsi que la décision *Égalité entre Français et étrangers*⁸⁸¹. Cependant, d'importantes incertitudes viennent tempérer ce constat. En effet, certains objectifs de valeur constitutionnelle ne semblent pas être sources d'obligations positives. À cet égard, Pierre DE MONTALIVET⁸⁸² cite les exemples particuliers de l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives⁸⁸³, et de l'égalité entre les collectivités territoriales⁸⁸⁴.

Il résulte de ce qui précède que l'affirmation selon laquelle les objectifs de valeur constitutionnelle seraient dépourvus de tout caractère normatif est pour le moins hasardeuse. Si le Conseil ne l'exprime pas toujours explicitement, les objectifs de valeur constitutionnelle imposent au législateur et aux autorités détentrices du

⁸⁷⁸ KOSCIUSKO-MORIZET N., *op. cit.*, p. 36. Ce constat est partagé par de nombreux auteurs, notamment par B. FAURE, *Les objectifs de valeur constitutionnelle : une nouvelle catégorie juridique ?*, R.F.D.C., 1995, n° 21, p. 47 à 77, en particulier p. 68 ; P. WACHSMANN, note sous CC n° 86-217 DC, 18 septembre 1986, *Loi relative à la liberté de communication*, A.J.D.A., 1987, p. 102. p. 102 à 114, spé. p. 112 et 113.

⁸⁷⁹ DE MONTALIVET P., *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, Paris, Dalloz, Bibliothèque parlementaire et constitutionnelle, 2006, en particulier p. 357 à 360.

⁸⁸⁰ CC n° 84-181 DC, 10 et 11 octobre 1984, *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse*, Rec. p. 78 (G.D.C.C. n° 18), considérant 38, p. 84.

⁸⁸¹ CC n° 89-269 DC, 22 janvier 1990, *Loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé*, dite « *Égalité entre Français et étrangers* », Rec. p. 33, considérants 25 et 26, p. 39 : « *il incombe au législateur comme à l'autorité réglementaire, selon leurs compétences respectives, de déterminer, dans le respect des principes posés par le onzième alinéa du Préambule, leurs modalités concrètes d'application ; qu'il leur appartient en particulier de fixer des règles appropriées tendant à la réalisation de l'objectif défini par le Préambule* ».

⁸⁸² DE MONTALIVET P., *op. cit.*, en particulier p. 361 à 364.

⁸⁸³ CC n° 2000-429 DC, 30 mai 2000, *Loi tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives*, dite « *Quotas par sexe III* », Rec. p. 84, considérant 7, p. 86-87 : « *le constituant a entendu permettre au législateur d'instaurer tout dispositif tendant à rendre effectif l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives* ».

⁸⁸⁴ CC n° 2003-487 DC, 18 décembre 2003, *Loi portant décentralisation en matière de revenu minimum d'insertion et créant un revenu minimum d'activité*, Rec. p. 473, considérant 15, p. 476-477 : le cinquième alinéa de l'article 72-2 de la Constitution « *n'impose pas que chaque transfert ou création de compétences donne lieu à péréquation* ».

pouvoir réglementaire une orientation, un cadre, se traduisant par une obligation générale de mise en œuvre, corollaire du principe hiérarchique. La valeur constitutionnelle de ces objectifs peut notamment se déduire des règles écrites dont ils découlent. En revanche, le contenu concret de cette obligation générale de mise en œuvre peut être difficile à déterminer du fait de l'imprécision de la formulation de certains objectifs, notamment de ceux posant des obligations de moyens : « *la fonction d'obligation des objectifs est ainsi limitée. La limitation ne porte plus ici sur les conduites déterminées mais sur la détermination elle-même* »⁸⁸⁵.

c. L'identification d'une obligation ou d'une faculté de légiférer

La reconnaissance d'une obligation de légiférer liant le Parlement porterait une atteinte importante à la discrétionnarité inhérente à l'exercice de la fonction législative, tant sur la matière exigeant une action que sur le résultat d'une telle obligation d'agir. Cette dernière revêtirait un double aspect : l'obligation de débattre sur un objet déterminé et l'adoption impérative d'un texte. La question s'inscrit dans une dialectique spécifique qui oppose le respect de la Constitution (conformément à la hiérarchie des normes), expression suprême de la souveraineté, au Parlement, éminent organe de la représentation démocratique. Dans cette optique, « *l'obligation de légiférer résulte de la structure pyramidale de notre système juridique. Les normes étant hiérarchisées les unes aux autres, la (ou les) autorité(s) compétente(s) pour édicter celles qui prennent place à un rang déterminé est (sont) juridiquement tenue(s) de prendre en considération les normes supérieures* »⁸⁸⁶. De manière très classique et usuelle, le texte de la Constitution française se contente pourtant d'établir des limites à l'action du législateur. Le pouvoir législatif est principalement soumis aux règles constitutionnelles de manière négative : « *lui est permis tout ce qui ne contrevient pas à ces limites* »⁸⁸⁷.

⁸⁸⁵ DE MONTALIVET P., *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, C.C.C., 2005, n° 20, p. 169 à 175, p. 174.

⁸⁸⁶ GARRIGOU-LAGRANGE J.-M., *op. cit.*, p. 306.

⁸⁸⁷ RIBES D., *op. cit.*, p. 241.

Le bloc de constitutionnalité ne consacre pas d'obligation générale d'exercice du pouvoir législatif « d'application » ou « de développement » de la Constitution incombant au législateur ordinaire, comparable à celle pesant sur le pouvoir réglementaire d'application des textes. L'intervention du pouvoir législatif s'articule autour de deux exigences fondamentales : la première relève de la conciliation entre des droits et libertés différents, la seconde est issue de la volonté de les rendre effectifs et constitue le pendant logique de l'interdiction de priver de garanties légales un principe constitutionnel⁸⁸⁸. Il existe, au moins, un souhait de mise en œuvre positive et, tout au plus, une obligation résultant du principe normatif. Cette dernière pèse tant sur le législateur que sur le pouvoir réglementaire, chacun dans leur domaine de compétence. À la supériorité hiérarchique de la Constitution, garantie par un système de justice constitutionnelle en évolution, est associé un devoir de respect.

Le problème se pose de manière légèrement différente concernant le législateur organique. En effet, en l'absence de solution donnée par le droit constitutionnel, il est possible de se fonder sur le raisonnement développé pour l'intervention du pouvoir réglementaire d'application. La transposition de la solution à l'intervention du législateur organique nécessite d'envisager le rapport entre Constitution et loi organique de la même manière que le rapport entre loi et règlement d'application. Si ce postulat est adopté, il est nécessaire de déterminer si l'article constitutionnel est suffisamment précis pour être applicable par lui-même, autrement dit, que son application soit manifestement impossible en l'absence de loi

⁸⁸⁸ Comme le soulignent notamment L. GAY, *Les « droits-créances » constitutionnels*, Bruxelles, Bruylant, Collection de droit public comparé et européen, 2007, spé. p. 166 à 169 ; B. FAURE, *Les objectifs de valeur constitutionnelle : une nouvelle catégorie juridique ?*, R.F.D.C., 1995, n° 21, p 47 à 77, en particulier p. 63 à 71 ; P. DE MONTALIVET, *op. cit.*, notamment p. 373 à 376.

organique. Telle est, fort logiquement, l'option retenue par le Conseil d'État⁸⁸⁹ avant l'entrée en vigueur de la loi organique n° 2009-1523 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution⁸⁹⁰.

Par conséquent, pour les cas où « *une loi organique fixe les conditions d'application* » de l'article constitutionnel, son absence a pour conséquence de rendre l'article inapplicable en l'état. Il est important d'ajouter à cela qu'une loi organique ne peut valablement empiéter sur le domaine de la Constitution, dans la mesure où elle est d'une valeur juridique inférieure, du moins d'un point de vue formel⁸⁹¹ : « *loin de tenir en échec ces règles constitutionnelles, claires et précises, qui n'appellent aucune interprétation, ou d'en modifier les conditions d'exercice, ce que d'ailleurs une loi organique n'aurait pu faire, les articles 22 et 23 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel n'en constituent que des modalités d'application* »⁸⁹². Cette solution peut être perçue comme impliquant que l'absence de loi organique résultant d'une inaction constitue une entrave à l'effectivité de la règle constitutionnelle. Cet obstacle n'a d'autre effet que de la « *tenir en échec* », au même

⁸⁸⁹ Par exemple, CE Sect. 11 décembre 2008, *Association de défense des droits des militaires*, Rec. p. 452 ; D.A., mars 2009, comm. n° 42, p. 31, note S. DAMAREY : « *considérant qu'aux termes de l'article 61-1 ajouté à la Constitution par la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 : Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé. / Une loi organique détermine les conditions d'application du présent article ; que l'article 46 de la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 prévoit que les dispositions de l'article 61-1 de la Constitution entreront en vigueur dans les conditions fixées par la loi organique nécessaire à leur application ; que, tant qu'une telle loi organique n'est pas intervenue, les dispositions de l'article 61-1 de la Constitution ne sont donc pas applicables ; que, dans l'attente de cette loi organique, la conformité d'une loi à la Constitution ne peut, en conséquence, être utilement contestée devant le Conseil d'État, statuant au contentieux ; que le moyen tiré de ce que l'article L. 4121-4 du code de la défense méconnaîtrait les dispositions du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 qui garantissent la liberté d'association et le droit syndical ne peut, dès lors, qu'être écarté* ». Voir également CE 12 janvier 2009, *Association France Nature environnement*, n° 289080, inédit au Recueil Lebon ; CE 4 mars 2009, *Association de défense des droits des militaires*, n° 315584, inédit au Recueil Lebon.

⁸⁹⁰ J.O.R.F. n° 287 du 11 décembre 2009, p. 21379, texte n° 1.

⁸⁹¹ Par exemple, CC n° 2007-547 DC, 15 février 2007, *Loi organique portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer*, Rec. p. 60, considérant 13, p. 63 : « *le législateur organique a ainsi entendu rappeler que, par la révision constitutionnelle du 28 mars 2003, le constituant a inscrit Mayotte parmi les collectivités territoriales de la République ; qu'il a également entendu rappeler que la Constitution fait du consentement de la population de Mayotte une condition indispensable à l'accession à l'indépendance de cette collectivité ; que, pour autant, il ne pouvait, sans empiéter sur les pouvoirs du constituant, y ajouter une condition tenant à une révision* ».

⁸⁹² CC n° 85-197 DC, 23 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*, Rec. p. 70, considérant 16, p. 75.

titre que l'empiètement sur la compétence du constituant. Si l'intervention du législateur organique peut nuire à une norme constitutionnelle, son inaction peut aboutir à paralyser l'effectivité ou l'application de la Constitution, et donc, est tout aussi inconstitutionnelle en ce qu'elle remet en cause la hiérarchie des normes. Le problème est que le contentieux constitutionnel des lois organiques est organisé de telle sorte que l'action est systématiquement contrôlée⁸⁹³, alors que l'inaction totale ne peut pas être sanctionnée.

2. La mise en œuvre des normes d'origine externe

Les difficultés liées à la détermination de l'existence d'une obligation de mise en œuvre des normes d'origine externe (a) conduisent à analyser les conditions dans lesquelles des mesures nationales d'exécution des obligations exprimées par les stipulations internationales non directement applicables sont exigées(b).

a. les difficultés de la reconnaissance d'une obligation de mise en œuvre

« La République française, fidèle à ses traditions, se conforme aux règles du droit public international ». L'alinéa 14 du Préambule de la Constitution de 1946 ne comporte aucune précision quant aux obligations qui découlent de cette énonciation de la règle *pacta sunt servanda*⁸⁹⁴. En parallèle, le droit international reste étranger à l'organisation interne des États, si bien qu'il est inutile de chercher dans les règles internationales une obligation spécifique pesant sur une autorité publique déterminée de légiférer ou de réglementer dans un domaine précis. Le pendant de ce principe est que les États ne peuvent se prévaloir de leur organisation ou de leur

⁸⁹³ Le dernier alinéa de l'article 46 de la Constitution précise que « les lois organiques ne peuvent être promulguées qu'après la déclaration par le Conseil constitutionnel de leur conformité à la Constitution ».

⁸⁹⁴ « Le quatorzième alinéa du préambule de la Constitution de 1946, auquel se réfère le préambule de la Constitution de 1958, proclame que la République française "se conforme aux règles du droit public international" ; qu'au nombre de celles-ci figure la règle *Pacta sunt servanda* qui implique que tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi », CC n° 92-308 DC, 9 avril 1992, *Traité sur l'Union européenne*, dite « Maastricht I », Rec. p. 55, considérant 7, p. 58 ; R.F.D.A., p. 373, note B. GENEVOIS. Voir également CC n° 93-321 DC, 20 juillet 1993, *Loi réformant le code de la nationalité*, Rec. p. 196.

droit interne pour se dispenser d'exécuter les obligations émanant des engagements internationaux auxquels ils sont parties. Seul l'article 26 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités précise que « *tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté de bonne foi* ». Le droit français a pour unique indication en la matière les articles 34 et 37 de la Constitution. L'autorité compétente pour mettre en œuvre les règles d'origine externe se détermine, en principe, en fonction du contenu de la règle concernée⁸⁹⁵.

Or, il est relativement peu courant que les traités internationaux « obligent » les États à prendre des mesures nationales de mise en œuvre de leurs stipulations, mises à part les conventions de l'Organisation Internationale du Travail ou certaines conventions relatives aux droits de l'homme. Quand elle existe, l'obligation de réalisation est directement intégrée aux stipulations du traité⁸⁹⁹. De plus, par une jurisprudence ancienne et constante⁹⁰⁰, la Cour internationale de justice reconnaît l'existence d'« *un principe allant de soi, d'après lequel un État qui a valablement contracté des obligations internationales est tenu d'apporter à sa législation les modifications nécessaires pour assurer l'exécution des engagements pris* ». Plus encore, le respect de certaines formulations oblige à adopter des normes juridiques internes de mise en œuvre⁹⁰¹ : « *l'exécution du traité est dévolue non pas à un seul organe ou à une seule autorité, mais à toutes les autorités législatives, politiques et judiciaires dans l'ordre de leur*

⁸⁹⁵ D'autant plus que le respect des règles de droit international ne justifie aucune modification du partage de compétence entre la loi et le règlement, CE 27 juillet 2006, *Association « Avenir de la langue française »*, Rec. p. 379 ; D.A., janvier 2007, comm. n° 11, p. 24, note E. G.

⁸⁹⁹ Tel est le cas, par exemple de l'article 6 de la Convention de Berne, relative à la conservation de la vie sauvage et du milieu naturel de l'Europe, ouverte à la signature le 19 septembre 1979, qui stipule : « *Chaque partie contractante prend les mesures législatives et réglementaires nécessaires pour assurer la conservation particulière des espèces de faune sauvage énumérées dans l'annexe II* ». Dans une moindre mesure, il est possible de se référer également à l'article 2-2 de la Convention des droits de l'enfant : « *Les États parties prennent toutes les mesures appropriées pour que l'enfant soit effectivement protégé contre toutes formes de discrimination ou de sanction motivées par la situation juridique, les activités, les opinions déclarées ou les convictions de ses parents, de ses représentants légaux ou des membres de sa famille* ».

⁹⁰⁰ Il est possible de se référer à la sentence arbitrale du 14 septembre 1872 dans l'affaire de l'Alabama, entre les États-Unis et la Grande Bretagne, à la suite du traité de Washington du 8 mai 1871 ; ou encore à CPJI, avis consultatif, 21 février 1925, *Échange des populations turques et grecques (Convention VI de Lausanne, 30 janvier 1923, article 2)*, Recueil des avis consultatifs de la CPJI, Série B, n° 10, p. 20 : la Cour permanente internationale de justice reconnaît l'existence d'« *un principe allant de soi, d'après lequel un État qui a valablement contracté des obligations internationales est tenu d'apporter à sa législation les modifications nécessaires pour assurer l'exécution des engagements pris* ».

compétence »⁹⁰². Mais une rapide analyse du droit international révèle que seules les règles relatives aux droits de l'homme, en principe directement applicables, semblent capables de poser des obligations positives reconnues comme telles : la Convention E.D.H. « crée pour les législateurs nationaux l'obligation d'adopter des normes qui favorisent la pleine réalisation des droits qu'elle consacre »⁹⁰³. Telle est également la position du Comité des droits de l'homme des Nations Unies⁹⁰⁴ ou de la Cour interaméricaine des Droits de l'homme⁹⁰⁵.

Certes, les obligations internationales mises à la charge des États parties peuvent être extrêmement précises, mais l'autonomie procédurale et institutionnelle nationale est toujours préservée. Il est en effet possible de se référer à certaines stipulations de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant du 26 janvier 1990, par exemple à l'article 2-2 considéré comme une norme non directement applicable par le Conseil d'État⁹⁰⁶. La formule⁹⁰⁷ révèle une obligation, impliquée par l'emploi du présent de l'indicatif, exigeant que les États mettent tous les moyens de leur convenance en œuvre pour protéger de manière effective l'enfant contre des discriminations. Certaines normes sont plus précises et plus concrètes, comme l'article 6 de la Convention de Berne, relative à la conservation de la vie

⁹⁰¹ Comme le précisent J. DEHAUSSY et M. SALEM, *Jurisclasseur Droit International*, Fascicule 12-1, « Sources du Droit international », mars 1992.

⁹⁰² Avis du Conseil d'État de 1839 mentionné par S. BASTID, *Les traités dans la vie internationale*, Paris, Economica, 1985, p. 123, cité par J.-M. GARRIGOU-LAGRANGE, *op. cit.*, p. 308.

⁹⁰³ MALINVERNI G., *Les fonctions des droits fondamentaux dans la jurisprudence de la Commission et la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Im Dienst an der Gemeinschaft*, Helbing et Lichtenhahn, 1989, p. 559 ; référence citée par SUDRE F., *Les « obligations positives » dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme*, R.T.D.H., 1995, p. 363 à 384, p. 364.

⁹⁰⁴ Il est possible de reprendre les références citées par F. SUDRE, *op. cit.*, p. 366, et P. DE MONTALIVET, *op. cit.*, p. 385 : observation générale sur l'article 6 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, in Nations Unies, *Manuel relatif à l'établissement des rapports sur les droits de l'homme*, New York, 1992, p. 69, § 5 ; et décision n° 181/1984, 3 novembre 1989, *A. et H. Sanjaun Arevalo c. la Colombie*, *Rapport annuel du Comité des droits de l'homme à la 45^e session de l'Assemblée générale des Nations Unies*, vol. II, p. 36, § 10.

⁹⁰⁵ Arrêt du 29 juillet 1988, *Velasquez Rodriguez c. le Honduras*, série C, n° 7, § 167 ; R.G.D.I.P., 1990, p. 455, obs. G. COHEN-JONATHAN ; cité par F. SUDRE, *op. cit.*, p. 366, et par P. DE MONTALIVET, *op. cit.*, p. 385.

⁹⁰⁶ CE 30 juin 1999, *Guichard*, Rec. p. 218 ; D.A., octobre 1999, comm. n° 256, p. 20 ; J.C.P., G., IV, 3094, obs. M.-C. ROUAULT ; D., 2000, p. 1, note F. BOULANGER.

⁹⁰⁷ « Les États parties prennent toutes les mesures appropriées pour que l'enfant soit effectivement protégé contre toutes formes de discrimination ou de sanction motivées par la situation juridique, les activités, les opinions déclarées ou les convictions de ses parents, de ses représentants légaux ou des membres de sa famille ».

sauvage et du milieu naturel de l'Europe, ouverte à la signature le 19 septembre 1979, qui stipule : « *chaque partie contractante prend les mesures législatives et réglementaires nécessaires pour assurer la conservation particulière des espèces de faune sauvage énumérées dans l'annexe II* ». La stipulation est immédiatement suivie de la formule « *seront notamment interdits, pour ces espèces* », assortie d'une énumération de comportements déterminés, comme, par exemple, « *toutes formes de capture intentionnelle, de détention et de mise à mort intentionnelle* ». L'article 6 de la Convention de Berne est cependant une norme non directement applicable selon la jurisprudence du Conseil d'État⁹⁰⁸.

Dans un raisonnement semblable à celui précédemment développé pour les normes de valeur constitutionnelle, il résulte de ce qui précède que seul le principe formel de la hiérarchie des normes commande l'effectivité de ces normes. Partant, la nécessité de mise en œuvre des normes internationales n'existe pas indépendamment de la hiérarchie des normes, dont elle constitue une conséquence.

b. Les exigences de mesures nationales d'exécution des obligations internationales

La concrétisation des différentes obligations de moyens pesant sur l'État peut nécessiter l'engagement de moyens financiers, économiques, sociaux et juridiques

⁹⁰⁸ CE 8 décembre 2000, *Commune de Breil-sur-Roya*, Rec. p. 582 ; A.J.D.A., 2001, p. 775, note J.-M. FÉVRIER ; Dr. Rur., n° 297, novembre 2001, p. 545, note M. CARIUS : « *ces stipulations ne créent d'obligations qu'entre les États parties à la convention et ne produisent pas d'effet direct dans l'ordre juridique interne* ». Plus encore, la Haute juridiction dénie tout effet direct à l'ensemble des stipulations de cette convention : « *le moyen tiré de ce que l'arrêté attaqué méconnaît les stipulations de la Convention relative à la conservation de la vie sauvage et du milieu naturel, signée à Berne le 19 septembre 1979, ne peut être utilement invoqué dès lors que les stipulations de cette convention créent seulement des obligations entre les États parties à la convention et ne produisent pas d'effets directs dans l'ordre juridique interne* », CE 20 avril 2005, *Association pour la protection des animaux sauvages et autres*, Rec., Tables, p. 975 ; A.J.D.A., p. 1398, note J.-M. PONTIER. Voir également CE 30 décembre 1998, *Chambre d'agriculture des Alpes-Maritimes et Centre départemental des jeunes agriculteurs des Alpes-Maritimes*, Rec. p. 516 : « *les stipulations de la convention relative à la conservation de la vie sauvage et du milieu naturel en Europe créent seulement des obligations entre États parties et ne produisent pas d'effets directs dans l'ordre juridique interne ; que, dès lors, les requérants ne peuvent utilement se prévaloir de la méconnaissance des stipulations de cette convention à l'appui de leur demande d'annulation de l'arrêté attaqué* ».

d'une importance considérable⁹⁰⁹. Cette exécution est rendue d'autant plus difficile que les formulations juridiques restent souvent mesurées, pour ne pas dire timides. En matière internationale, il en résulte de nombreuses et importantes ambiguïtés, générant des divergences d'interprétation entre les États parties aux conventions qui les contiennent. Les stipulations semblables à l'article 2-2 la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant sont volontairement libellées de manière suffisamment imprécise pour respecter l'organisation interne des États contractants, mais aussi pour favoriser l'adhésion d'un maximum d'États⁹¹⁰. Le contenu de la convention leur laisse une importante marge de manœuvre, indispensable à l'adaptation des politiques publiques nationales existantes, et permettant aux États d'en choisir de nouvelles aussi librement que possible. Mais les difficultés relèvent principalement du régime de réalisation progressive de certaines stipulations, exprimant, en particulier, des droits sociaux ou environnementaux. Comme le constate le commissaire du Gouvernement Christine MAUGÜÉ, concluant sur l'affaire *Rouquette et autres*⁹¹¹, les parties au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels « ont entendu assigner aux États signataires une obligation de résultat, mais sa réalisation est graduelle et dépendante à la fois de l'aide internationale, de la disponibilité des moyens et du choix des mesures »⁹¹².

De la nécessaire progressivité de leur réalisation concrète est déduite la contingence de leur contenu. L'argumentation se fonde, par exemple, sur les formulations des articles 2 du Pacte international relatif aux droits civils et

⁹⁰⁹ Par exemple, selon les articles 11, 12, 13 et 17 de la Charte sociale européenne révisée, les parties s'engagent à prendre des mesures appropriées en vue d'assurer l'exercice effectif, respectivement, du droit à la protection de la santé, du droit à la sécurité sociale, du droit à l'assistance sociale et médicale et au développement de leurs aptitudes physiques et mentales. Ces articles sont jugés non directement applicables par le juge administratif : CE 7 juin 2006, *Association AIDES et autres*, Rec. p. 282 ; Dr. Soc., n° 11, novembre 2006, p. 1037, concl. C. DEVYS ; J.C.P., A., 1154, note P. BILLET ; Dr. Env., n° 141, p. 235, note S. GRATAUD.

⁹¹⁰ À ce jour, seuls les États-Unis et la Somalie ne sont pas signataires de cette convention.

⁹¹¹ CE Ass. 5 mars 1999, *Rouquette et autres*, Rec. p. 37 ; R.F.D.A., p. 357, concl. C. MAUGÜÉ, p. 372, obs. D. DE BÉCHILLON et P. TERNEYRE ; A.J.D.A., p. 420, chron. F. RAYNAUD et P. FOMBEUR ; R.D.P., p. 1223, note J.-P. CAMBY ; D.A., mai 1999, comm. n° 138, p. 23, note C.M. ; L.P.A., n° 217, 1^{er} novembre 1999, p. 13, note J.-L. MATT.

⁹¹² MAUGÜÉ C., concl. sur CE Ass. 5 mars 1999, *Rouquette et autres*, R.F.D.A., 1999, p. 357 à 371, p. 360.

politiques⁹¹³, et du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels⁹¹⁴ : les droits civils sont d'application immédiate quand l'effectivité des droits sociaux est conditionnée par l'amélioration progressive des ressources collectives. « Or, la clause de progressivité dans la réalisation des droits sociaux a pu être interprétée par certains États signataires comme les déliant de toute obligation de réalisation tangible, en renvoyant à des lendemains meilleurs leur mise en œuvre, considérée comme – trop – coûteuse. En d'autres termes, la progressivité s'est transformée en conditionnalité, puis en optionnalité »⁹¹⁵.

Cependant, dans ses observations générales, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels (ci-après Co.D.E.S.C.) détermine la nature des obligations incombant aux États parties au Pacte international des droits

⁹¹³ « 1. Les États parties au présent Pacte s'engagent à respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence les droits reconnus dans le présent Pacte, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation. 2. Les États parties au présent Pacte s'engagent à prendre, en accord avec leurs procédures constitutionnelles et avec les dispositions du présent Pacte, les arrangements devant permettre l'adoption de telles mesures d'ordre législatif ou autre, propres à donner effet aux droits reconnus dans le présent Pacte qui ne seraient pas déjà en vigueur. 3. Les États parties au présent Pacte s'engagent à : a) Garantir que toute personne dont les droits et libertés reconnus dans le présent Pacte auront été violés disposera d'un recours utile, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles ; b) Garantir que l'autorité compétente, judiciaire, administrative ou législative, ou toute autre autorité compétente selon la législation de l'État, statuera sur les droits de la personne qui forme le recours et développer les possibilités de recours juridictionnel ; c) Garantir la bonne suite donnée par les autorités compétentes à tout recours qui aura été reconnu justifié ».

⁹¹⁴ « 1. Chacun des États parties au présent Pacte s'engage à agir, tant par son effort propre que par l'assistance et la coopération internationales, notamment sur les plans économique et technique, au maximum de ses ressources disponibles, en vue d'assurer progressivement le plein exercice des droits reconnus dans le présent Pacte par tous les moyens appropriés, y compris en particulier l'adoption de mesures législatives. 2. Les États parties au présent Pacte s'engagent à garantir que les droits qui y sont énoncés seront exercés sans discrimination aucune fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, l'opinion politique ou toute autre opinion, l'origine nationale ou sociale, la fortune, la naissance ou toute autre situation. 3. Les pays en voie de développement, compte dûment tenu des droits de l'homme et de leur économie nationale, peuvent déterminer dans quelle mesure ils garantiront les droits économiques reconnus dans le présent Pacte à des non-ressortissants ».

⁹¹⁵ Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux (C.R.E.D.O.F.) de l'Université de Paris Ouest Nanterre La Défense, Projet de recherche sur la justiciabilité des droits sociaux, *Amicus curiae spontané*, remis à la Section du contentieux du Conseil d'État (article R. 625-3 du Code de justice administrative), dans le cadre de la requête n° 322326 du G.I.S.T.I. et de la F.A.P.I.L. contre les ministères de l'Immigration et du Logement, mars 2010, p. 10-11, téléchargeable sur le site internet du C.R.E.D.O.F. : <http://droits-sociaux.u-paris10.fr/index.php?id=164>.

économiques, sociaux et culturels⁹¹⁶. Il ressort de ces analyses que certains énoncés programmatiques comportent des obligations de résultat : « *la principale obligation de résultat dont il est fait état au paragraphe 1 de l'article 2, c'est d'"agir [...] en vue d'assurer progressivement le plein exercice des droits reconnus [dans le Pacte]"*. On emploie souvent la notion de réalisation progressive pour définir l'intention sous-jacente à ce membre de phrase. C'est une façon de reconnaître le fait que le plein exercice de tous les droits économiques, sociaux et culturels ne peut généralement pas être assuré en un court laps de temps. (...) D'une part, cette clause permet de sauvegarder la souplesse nécessaire, compte tenu des réalités du monde et des difficultés que rencontre tout pays qui s'efforce d'assurer le plein exercice des droits économiques, sociaux et culturels ; d'autre part, elle doit être interprétée à la lumière de l'objectif global, et à vrai dire de la raison d'être du Pacte, qui est de fixer aux États parties des obligations claires en ce qui concerne le plein exercice des droits en question. Ainsi, cette clause impose l'obligation d'œuvrer aussi rapidement et aussi efficacement que possible pour atteindre cet objectif »⁹¹⁷.

De plus, en exigeant l'adoption de mesures nationales d'exécution effectives de toutes les stipulations conventionnelles, en particulier de celles comprenant des obligations de moyens, certains organismes de surveillance contribuent à l'application du droit international. Le Co.D.E.S.C. estime que « *la principale obligation qui incombe aux États parties au regard du Pacte est de donner effet aux droits qui y sont reconnus. En exigeant des gouvernements qu'ils s'en acquittent "par tous les moyens appropriés", le Pacte adopte une démarche ouverte et souple, qui permet de tenir compte des particularités des systèmes juridiques et administratifs de chaque État, ainsi que d'autres considérations importantes. Mais cette souplesse va de pair avec l'obligation qu'a chaque État*

⁹¹⁶ Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Observation générale n° 3, *La nature des obligations des États parties (article 2 § 1 du Pacte)*, E/1991/23, 14 décembre 1990 : « *l'autre obligation réside dans le fait que, aux termes du paragraphe 1 de l'article 2, les États s'engagent à prendre des mesures, obligation qui, en elle-même, n'est pas nuancée ou limitée par d'autres considérations. On peut aussi apprécier tout le sens de l'expression qui figure dans le texte en considérant certaines de ses versions. Dans le texte anglais, l'obligation est "to take steps" (prendre des mesures) ; en français, les États s'engagent "à agir" et, dans le texte espagnol, "a adoptar medidas" (à adopter des mesures). Ainsi, alors que le plein exercice des droits considérés peut n'être assuré que progressivement, les mesures à prendre à cette fin doivent l'être dans un délai raisonnablement bref à compter de l'entrée en vigueur du Pacte pour les États concernés. Ces mesures doivent avoir un caractère délibéré, concret et viser aussi clairement que possible à la réalisation des obligations reconnues dans le Pacte » (§ 2).*

⁹¹⁷ Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Observation générale n° 3, *La nature des obligations des États parties (article 2 § 1 du Pacte)*, E/1991/23, 14 décembre 1990, § 9.

partie d'utiliser tous les moyens dont il dispose pour donner effet aux droits consacrés dans le Pacte »⁹¹⁸.

Par ailleurs, dès sa première décision sur le bien-fondé⁹¹⁹, le Comité européen des Droits sociaux (ci-après C.E.D.S.) s'inspire des principes consacrés par la Cour européenne des Droits de l'Homme (ci-après Cour E.D.H.) dans son arrêt *Airey c. Irlande*, rendu le 9 octobre 1979⁹²⁰ : « le Comité rappelle que l'objet et le but de la Charte, instrument de protection des Droits de l'Homme, consiste à protéger des droits non pas théoriques mais effectifs. À cet égard, il considère que l'application satisfaisante de l'article 7 ne peut être atteinte par le seul effet de la législation si l'application de celle-ci n'est pas effective et rigoureusement contrôlée »⁹²¹. Par sa décision *Organisation mondiale contre la torture (O.M.C.T.) c. Irlande*⁹²², le Comité se réfère à la jurisprudence *Wemhoff c. Allemagne* de la Cour E.D.H.⁹²³ et précise qu'il « considère également, comme la Cour européenne des Droits de l'Homme l'a fait pour la Convention européenne des Droits de

⁹¹⁸ Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Observation générale n° 9, *Application du Pacte au niveau national*, E/C.12/1998/24, 3 décembre 1998, § 1. Cité par le Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux (C.R.E.D.O.F.) de l'Université de Paris Ouest Nanterre La Défense, *Projet de recherche sur la justiciabilité des droits sociaux, Amicus curiae spontané*, précité, p. 11.

⁹¹⁹ Décision n° 1/1998, *Commission internationale des juristes (C.I.J.) c. Portugal*, du 9 septembre 1999, disponible et téléchargeable à partir de la liste des réclamations collectives, sur le site de la Charte sociale : http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Complaints/Complaints_fr.asp. Cf. également R.T.D.Civ., 2000, p. 937.

⁹²⁰ CEDH 9 octobre 1979, *Airey c. Irlande*, n° 6289/73, Série A n° 32, § 24 : « la Convention a pour but de protéger des droits non pas théoriques et illusoire, mais concrets et effectifs ». La Cour ajoute ensuite qu'« un obstacle de fait peut enfreindre la Convention à l'égal d'un obstacle juridique » (§ 25). Cf. CEDH 21 février 1975, *Golder c. Royaume-Uni*, n° 4451/70, Série A n° 18, § 26.

⁹²¹ Décision n° 1/1998, *Commission internationale des juristes (C.I.J.) c. Portugal*, du 9 septembre 1999, § 32. Voir également la décision n° 13/2002, *Association internationale Autisme-Europe (A.I.A.E.) c. France*, du 4 novembre 2003, § 53 : « l'obligation incombant aux États parties est de prendre non seulement des initiatives juridiques mais encore des initiatives concrètes propres à permettre le plein exercice des droits reconnus par la Charte ». Cf. aussi la décision n° 33/2006, *Mouvement international A.T.D.-Quart Monde c. France*, du 5 décembre 2005, § 61 : « en ce qui concerne les moyens propres à progresser réellement vers la réalisation des objectifs assignés par la Charte, le Comité tient à souligner que pour l'application de la Charte, l'obligation incombant aux États parties est non seulement de prendre des initiatives juridiques mais encore de dégager les ressources et d'organiser les procédures nécessaires en vue de permettre le plein exercice des droits reconnus par la Charte ».

⁹²² Décision n° 18/2003, *Organisation mondiale contre la torture (O.M.C.T.) c. Irlande*, du 7 décembre 2004, § 60.

⁹²³ CEDH 27 juin 1968, *Wemhoff c. Allemagne*, n° 2122/64, Série A n° 7, § 8 : « placée ainsi devant deux textes d'un même traité faisant également foi et qui ne sont pas parfaitement semblables, la Cour doit, conformément à une jurisprudence internationale bien établie, leur donner le sens qui les concilie dans la mesure du possible. S'agissant d'un traité normatif, il y a lieu d'autre part de rechercher quelle est l'interprétation la plus propre à atteindre le but et à réaliser l'objet de ce traité et non celle qui donnerait l'étendue la plus limitée aux engagements des Parties ».

l'Homme, qu'il convient de suivre une approche téléologique pour l'interprétation de la Charte révisée : il faut rechercher l'interprétation du traité la plus propre à atteindre le but et à réaliser l'objet de ce traité, et non celle qui donnerait l'étendue la plus limitée aux engagements des Parties ».

Partant, dans le cadre de son examen de l'article 1-1 de la Charte sociale européenne⁹²⁴, le C.E.D.S. rappelle que cette stipulation pose « *une obligation de moyens plutôt qu'une obligation de résultat ; au sens que la non réalisation du plein emploi ne conduit pas, en tant que telle, à une conclusion de non conformité* »⁹²⁵. Le Comité estime que les parties contractantes sont tenues de prendre des mesures pour améliorer la situation de l'emploi, son appréciation se fonde sur un certain nombre d'indicateurs de plusieurs ordres, liés aux résultats obtenus par les États en termes d'assistance fournie aux chômeurs et de transformation de la croissance économique en emplois. Il analyse ensuite la politique menée, en cherchant les éléments qui témoignent de l'engagement de l'État à réaliser le plein emploi, sur le plan juridique ou dans les intentions déclarées, sur des données chiffrées traduisant l'importance réelle des efforts de l'État⁹²⁶. Le C.E.D.S. examine également les résultats de la politique de l'emploi –notamment en termes d'impact des différentes mesures actives (formation, orientation, emplois subventionnés, etc.)– sur la création d'emplois durables. Il en va de même pour l'appréciation par le Comité du sens à donner au droit à une assistance sociale et médicale consacré à l'article 13-1 de la Charte sociale

⁹²⁴ « *Toute personne doit avoir la possibilité de gagner sa vie par un travail librement entrepris. 1. En vue d'assurer l'exercice effectif du droit au travail, les Parties s'engagent à reconnaître comme l'un de leurs principaux objectifs et responsabilités la réalisation et le maintien du niveau le plus élevé et le plus stable possible de l'emploi en vue de la réalisation du plein emploi* ».

⁹²⁵ Conclusions I, Observation interprétative de l'article 1-1, p. 13.

⁹²⁶ Le Digest de jurisprudence du Comité européen des droits Sociaux, établi au 1^{er} septembre 2008, cite la « *portée des mesures mises en œuvre en faveur de l'emploi (nombre de bénéficiaires par rapport à l'ensemble des chômeurs, durée moyenne des épisodes de chômage avant l'offre d'une mesure active pour l'emploi, par exemple), montant des ressources consacrées aux divers dispositifs (total des dépenses en pourcentage du PIB, part respective des mesures actives et des mesures passives)* », p. 16. Disponible et téléchargeable sur le site internet de la Charte sociale européenne, Rubrique « Comité européen des Droits sociaux » : http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/digest/digestindex_FR.asp.

européenne⁹²⁷ : « il ne s'agit donc plus pour les Parties contractantes d'une simple faculté d'accorder l'assistance dont elles pourraient faire usage de manière discrétionnaire, mais d'une obligation dont le respect peut être réclamé devant les tribunaux »⁹²⁸.

B – Les obligations générales applicables à l'opération de mise en œuvre

Si le choix d'exercer la compétence de mise en œuvre relève d'un pouvoir relativement discrétionnaire, une fois que l'autorité normative a décidé d'agir, des obligations relatives à l'épuisement de la compétence (1) et au respect de la hiérarchie des normes (2) s'appliquent à son intervention.

1. L'épuisement de la compétence législative

L'incompétence négative est un grief d'inconstitutionnalité de la loi qui implique une obligation d'épuiser sa compétence pesant sur le législateur ordinaire, comme sur le législateur organique.

La première censure sur le fondement implicite de l'incompétence négative du législateur organique intervient le 26 janvier 1967⁹²⁹ et concerne une délégation

⁹²⁷ « En vue d'assurer l'exercice effectif du droit à l'assistance sociale et médicale, les Parties s'engagent : à veiller à ce que toute personne qui ne dispose pas de ressources suffisantes et qui n'est pas en mesure de se procurer celles-ci par ses propres moyens ou de les recevoir d'une autre source, notamment par des prestations résultant d'un régime de sécurité sociale, puisse obtenir une assistance appropriée et, en cas de maladie, les soins nécessaires par son état ».

⁹²⁸ CEDS, Conclusions I, Observation interprétative de l'article 13-1, p. 64.

explicite au pouvoir réglementaire. L'incompétence négative du législateur organique est explicitement reconnue le 20 janvier 1972 à propos d'une loi organique relative aux conditions d'éligibilité et aux incompatibilités parlementaires : « *il résulte des termes mêmes de [l'article 25 de la Constitution]⁹³⁰ que la Constitution réserve à la loi organique (...) le pouvoir de déterminer, notamment, les cas d'incompatibilités, ainsi que l'autorité chargée d'exercer le contrôle de l'observation desdites prescriptions par les parlementaires et, en particulier, de statuer sur la situation des députés et des sénateurs au regard du régime des incompatibilités* »⁹³¹. La disposition de l'article 4 de la loi organique déferée, « *en tant qu'elle laisse à chaque assemblée parlementaire le soin de déterminer par la voie de son règlement l'autorité chargée de se prononcer sur les demandes de ses membres quand ceux-ci sollicitent l'autorisation de prendre, en cours de mandat, des fonctions et emplois mentionnés par ladite disposition, est contraire au texte de l'article 25 de la Constitution* »⁹³². Il en résulte que le Conseil constitutionnel censure les dispositions d'une loi organique laissant à la loi ordinaire le soin de déterminer les conditions d'application de principes consacrés par le législateur organique⁹³³.

⁹²⁹ CC n° 67-31 DC, 26 janvier 1967, *Loi organique modifiant et complétant l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature*, Rec. p. 19, G.D.C.C. n° 5 : « *aux termes de l'article 64 de la Constitution "les magistrats du siège sont inamovibles" ; que l'ordonnance du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature reprend, dans son article 4, premier alinéa, cette même disposition et, dans son deuxième alinéa, fait du principe ainsi posé une application nécessaire en précisant "qu'en conséquence le magistrat du siège ne peut recevoir sans son consentement une affectation nouvelle, même en avancement" ; (...) la loi organique dont le texte est, avant sa promulgation, soumis au Conseil constitutionnel pour examen de sa conformité à la Constitution, prévoit, dans son article 28, deuxième alinéa, troisième phrase, que "par dérogation aux dispositions de l'alinéa 2 de l'article 4 de la présente loi, les conseillers référendaires peuvent être, à l'expiration de leurs fonctions, affectés d'office à un emploi de magistrat du siège dans les conditions qui seront fixées par le règlement d'administration publique (...)" ; (...) la faculté ainsi ouverte au Gouvernement par cette disposition, lorsque les conseillers référendaires ont atteint le terme de dix années assigné par la loi à la durée de leurs fonctions, de pourvoir d'office à leur affectation n'est pas conforme, s'agissant de magistrats du siège, au principe sus énoncé de la Constitution ; considérant, par ailleurs, qu'un règlement d'administration publique ne peut fixer les conditions d'affectation desdits magistrats sans que la loi organique ait déterminé les garanties de nature à concilier les conséquences découlant du caractère temporaire des fonctions de conseiller référendaire à la Cour de cassation avec le principe de l'inamovibilité des magistrats du siège* ».

⁹³⁰ « *Une loi organique fixe le régime des inéligibilités et des incompatibilités* ».

⁹³¹ CC n° 71-46 DC, 20 janvier 1972, *Loi organique modifiant certaines dispositions du titre II de l'ordonnance n° 58-998 du 24 octobre 1958 portant loi organique relative aux conditions d'éligibilité et aux incompatibilités parlementaires*, Rec. p. 9.

⁹³² CC n° 71-46 DC, 20 janvier 1972, précitée.

⁹³³ CC n° 2005-519 DC, 29 juillet 2005, *Loi organique relative aux lois de financement de la sécurité sociale*, Rec. p. 129.

La première censure de l'incompétence négative du législateur ordinaire a lieu à l'occasion de la décision n° 75-56 DC du 23 juillet 1975⁹³⁴ : le Conseil constitutionnel soulève d'office le moyen et juge que « l'article 34 de la Constitution qui réserve à la loi le soin de fixer les règles concernant la procédure pénale, s'oppose à ce que le législateur, s'agissant d'une matière aussi fondamentale que celle des droits et libertés des citoyens, confie à une autre autorité l'exercice, (...), des attributions définies par les dispositions en cause de l'article 6 de la loi déférée ». Plus récemment, dans la décision *Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école*, le Conseil constitutionnel estime que les articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, et l'article 34 de la Constitution imposent au législateur « d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques afin de prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi »⁹³⁵.

Par ailleurs, dans le cadre du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*, le Conseil constitutionnel précise que l'invocabilité de l'incompétence négative n'est possible que dans la mesure où elle respecte les conditions procédurales propres à la question prioritaire de constitutionnalité. Plus concrètement, le Conseil constitutionnel fixe les conditions du contrôle de l'incompétence négative dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité par deux décisions fondamentales. La première lie la recevabilité du moyen à la condition que l'incompétence négative du législateur ait pour effet d'affecter un droit constitutionnellement garanti, conformément aux exigences de la procédure de l'article 61-1 de la Constitution⁹³⁶. La seconde limite l'invocabilité du grief aux dispositions législatives postérieures à la Constitution du 4 octobre 1958, tout en

⁹³⁴ CC n° 75-56 DC, 23 juillet 1975, *Loi modifiant et complétant certaines dispositions de procédure pénale, spécialement le texte modifiant les articles 398 et 398-1 du code de procédure pénale*, Rec. p. 22.

⁹³⁵ CC n° 2005-512 DC, 21 avril 2005, *Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école*, Rec. p. 72, considérant 9, p. 75 ; D., 2006, Pan. 826, obs. V. OGIER-BERNAUD et C. SEVERINO ; G.D.C.C. n° 32.

⁹³⁶ CC n° 2010-5 QPC, 18 juin 2010, *S.N.C. Kimberly Clark*, Rec. p. 114, considérant 3, p. 115 ; G.D.C.C. n° 46 : « la méconnaissance par le législateur de sa propre compétence ne peut être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité que dans le cas où est affecté un droit ou une liberté que la Constitution garantit ».

consacrant la possibilité pour le Conseil constitutionnel de soulever d'office l'incompétence négative⁹³⁷. La première sanction de l'incompétence négative du législateur dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité se produit dans l'affaire *Société Esso SAF*⁹³⁸.

L'analyse de ces décisions mène à constater que l'abstention du législateur n'est donc pas, en elle-même, constitutive d'une violation des droits et libertés constitutionnels. Elle n'est jugée contraire à la Constitution que par ses effets : il n'existe pas de « droit à la norme ». La question est en réalité traitée sous l'angle de la limite aux restrictions des droits fondamentaux : dans l'exercice du pouvoir attribué par la Constitution, le législateur « *ne saurait priver de garanties légales des exigences constitutionnelles* »⁹³⁹, que ce soit par son action ou son inaction. Que le droit constitutionnellement garanti ait la structure d'un droit-liberté ou d'un droit-créance⁹⁴⁰, le législateur peut modifier la substance des garanties légales préexistantes, mais il lui est impossible de descendre en dessous d'un certain seuil. En deçà de ce seuil, le régime légal ne permet plus la protection de la liberté en cause. Cette position se rapproche de l'établissement d'un standard minimal de protection dont le non-respect constitue une violation des droits et libertés constitutionnels.

Enfin, force est de constater que cette absence de réel recours en carence ouvert contre le pouvoir législatif correspond notamment à une absence de réelle

⁹³⁷ CC n° 2010-28 QPC, 17 septembre 2010, *Association sportive Football Club de Metz*, Rec. p. 233, considérant 9, p. 236 : « *si la méconnaissance par le législateur de sa propre compétence peut être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité dans le cas où est affecté un droit ou une liberté que la Constitution garantit, elle ne saurait l'être à l'encontre d'une disposition législative antérieure à la Constitution du 4 octobre 1958* ».

⁹³⁸ CC n° 2010-33 QPC, 22 septembre 2010, *Société Esso SAF*, Rec. p. 245, considérant 4, p. 246 : « *considérant que le e du 2° de l'article L. 332-6-1 du code de l'urbanisme permet aux communes d'imposer aux constructeurs, par une prescription incluse dans l'autorisation d'occupation du sol, la cession gratuite d'une partie de leur terrain ; qu'il attribue à la collectivité publique le plus large pouvoir d'appréciation sur l'application de cette disposition et ne définit pas les usages publics auxquels doivent être affectés les terrains ainsi cédés ; qu'aucune autre disposition législative n'institue les garanties permettant qu'il ne soit pas porté atteinte à l'article 17 de la Déclaration de 1789 ; que, par suite, le législateur a méconnu l'étendue de sa compétence ; qu'il s'ensuit que, sans qu'il soit besoin d'examiner les griefs invoqués par la requérante, le e du 2° de l'article L. 332-6-1 du code de l'urbanisme doit être déclaré contraire à la Constitution* ».

⁹³⁹ Selon la formule désormais traditionnelle consacrée par le Conseil constitutionnel.

obligation matérielle de légiférer, récemment confirmée par la jurisprudence du Conseil constitutionnel. En effet, par sa décision *Association Sportive Football Club de Metz*⁹⁴¹, le Conseil précise que l'incompétence négative ne peut être invoquée, dans le cadre de la procédure prévue par l'article 61-1 de la Constitution, à l'encontre d'une disposition législative antérieure à la Constitution de la V^e République. Cette solution, peu justifiée dans son commentaire sur le site internet du Conseil constitutionnel⁹⁴², a pour effet d'exclure toute obligation juridique d'entretien des textes législatifs adoptés antérieurement à l'entrée en vigueur de la Constitution du 4 octobre 1958 au regard des exigences constitutionnelles actuelles en matière de droits et libertés. Le législateur se trouve donc soumis, à partir du moment où il agit, à une obligation négative, celle de ne pas descendre en deçà du standard de protection des droits. Plus encore, les décisions du Conseil constitutionnel, qu'elles soient rendues sur la base de l'article 61 ou de l'article 61-1 de la Constitution, obligent le législateur à assurer l'effectivité des droits constitutionnels et jouent le rôle d'un embryon de recours en carence. Or, celui-ci ne peut être exercé qu'à l'occasion de l'adoption d'une loi et n'emporte son inconstitutionnalité que si le dispositif prévu par le législateur présente, selon l'expression même du Conseil, des « lacunes ». Au terme d'un contrôle global, prenant en compte l'ensemble des dispositifs législatifs existants, la mise en œuvre de ces droits par la loi peut être plus ou moins ambitieuse, le choix des modalités appropriées est laissé à la discrétion du législateur.

⁹⁴⁰ Cf. par exemple CC n° 96-383 DC, 6 novembre 1996, *Loi relative à l'information et à la consultation des salariés dans les entreprises et les groupes d'entreprises de dimension communautaire, ainsi qu'au développement de la négociation collective*, Rec. p. 128, spé. considérants 8 et 9, p. 131 ; CC n° 96-385 DC, 30 décembre 1996, *Loi de finances pour 1997*, Rec. p. 145.

⁹⁴¹ CC n° 2010-28 QPC, 17 septembre 2010, *Association sportive Football Club de Metz*, Rec. p. 233, spé. considérant 9, p. 236.

⁹⁴² Le commentaire de la décision se borne à constater que, « *cependant, l'examen de cette question ne pouvait omettre le fait que la rédaction de cet alinéa est antérieure à la Constitution du 4 octobre 1958* », Commentaire aux Cahiers du Conseil constitutionnel (n° 30), téléchargeable sur le site internet, p. 6 : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2010-28QPC-ccc_28qpc.pdf.

2. Le respect de la hiérarchie des normes

Le législateur peut se retrouver face à la même situation que l'autorité détentrice du pouvoir réglementaire, obligée d'abroger ou de modifier un règlement illégal. Les circonstances de fait existant à la date où il a statué peuvent évidemment changer, et il en va de même pour les normes juridiques de valeur supralégislative. Pour autant est-il tout aussi difficile de dégager une obligation positive d'élimination des règles législatives contraires au droit ou inadaptées aux circonstances de fait, que de dégager une obligation de légiférer⁹⁴³ ? En effet, deux hypothèses sont envisageables en la matière : soit les normes constitutionnelles ou internationales comportent des prescriptions obligeant le législateur à légiférer, soit le législateur est tenu d'assurer la conformité de la législation avec les normes supérieures à la loi. Le maintien d'une législation inconstitutionnelle ou inconstitutionnelle – qu'elle revête ce caractère dès l'origine ou qu'il soit le résultat d'une évolution – remet en cause la hiérarchie des normes. Mais force est de constater que, si l'existence d'une obligation négative de ne pas contredire les normes supérieures peut être reconnue, le Conseil constitutionnel n'a pas les moyens de censurer une carence du législateur omettant « d'entretenir » la législation dans le temps.

Les seuls repères en la matière peuvent être déduits de l'examen de la jurisprudence constitutionnelle relative à l'abrogation et la modification des dispositions législatives antérieures, qui concerne pourtant une situation différente. Le Conseil constitutionnel développe sur le sujet une jurisprudence sans équivoque en déclarant que le législateur peut, afin de mettre en œuvre un objectif à valeur constitutionnelle, « *modifier, compléter ou abroger des dispositions législatives antérieurement promulguées* »⁹⁴⁴. Le législateur dispose donc de cette faculté ; jouit en la matière d'une compétence discrétionnaire : « *il est à tout moment loisible au législateur (...) de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions ; [il] ne lui est pas moins loisible d'adopter, pour la réalisation ou la conciliation d'objectifs de nature constitutionnelle, des modalités nouvelles dont il lui*

⁹⁴³ Cf. *supra*, « L'identification d'une obligation ou d'une faculté de légiférer », p. 266 et suivantes.

⁹⁴⁴ CC n°94-359 DC, 19 janvier 1995, *Loi relative à la diversité de l'habitat*, Rec. p. 176, considérant 8, p. 177-178.

appartient d'apprécier l'opportunité et qui peuvent comporter la modification ou la suppression de dispositions législatives qu'il estime utiles »⁹⁴⁵. La seule limite imposée à cette possibilité réside dans l'interdiction de priver les principes de valeur constitutionnelle de garanties légales⁹⁴⁶. C'est en toute logique que cette interdiction doit s'appliquer à la question de l'entretien de la législation dans le temps et se concilier aux impératifs issus de la hiérarchie des normes. Si le principe hiérarchique fonde l'obligation de mise en œuvre « initiale » des dispositions constitutionnelles, il fonde également l'obligation d'exercice d'un pouvoir législatif « dérivé » qui a pour limite l'interdiction de priver de garanties légales les principes de valeur constitutionnelle.

Quant aux normes internationales, la cohérence de l'ordre juridique imposerait l'élimination des règles internes contraires, notamment par voie législative. Par exemple, le respect des directives européennes passe également par la suppression du droit national contraire : « *en vertu du principe général de primauté, le législateur est obligé d'abroger les dispositions contraires, le gouvernement de cesser de les exécuter, et le juge de les considérer comme inapplicables* »⁹⁴⁷. Plus encore, la logique propre au droit de l'Union européenne et à son impératif d'efficacité a pour effet, dans les cas où une directive a un caractère exhaustif, d'interdire en principe aux autorités nationales d'adopter de nouvelles mesures dans le domaine spécifique couvert par cette directive⁹⁴⁸, sauf si ces mesures ne sont pas en conflit normatif avec les dispositions de la directive⁹⁴⁹.

En conclusion, les normes non directement applicables sont sources d'obligations nombreuses et variées. Ce constat est le premier élément d'unité de leur régime juridique. En effet, la teneur de ces obligations dépend fortement de deux séries de facteurs principaux. Sous un angle formel, une partie des obligations liées

⁹⁴⁵ CC n° 86-217 DC, 18 septembre 1986, *Loi relative à la liberté de communication*, Rec. p. 141, considérant 4, p. 143.

⁹⁴⁶ CC n° 86-217 DC, précitée, et CC n° 94-359 DC, 19 janvier 1995, précitée.

⁹⁴⁷ SIMON D., *La directive européenne*, Paris, Dalloz, Connaissance du droit, 1997, p. 55.

⁹⁴⁸ Pour une application récente, CJCE 15 septembre 2005, *Cindu Chemicals et autres*, aff. jointes C-281/03 et C-282/03, Rec., I, p. 8069.

aux normes non directement applicables est fonction de la place de la norme dans l'ordre juridique. De plus, ces obligations pèsent de manière différente sur chacune des autorités publiques qui en sont les destinataires : les obligations incombant au pouvoir réglementaire sont plus fortes que celles incombant au pouvoir législatif. Sous un angle matériel, le contenu des normes non directement applicables a une influence considérable sur les obligations qui en découlent, expliquant l'importante hétérogénéité de l'ensemble et limitant la systématisation. Ainsi se confirme le second élément d'unité du régime juridique des normes non directement applicables, celui de leur normativité tempérée par la difficulté d'exécution. En revanche, l'étude des obligations posées par les normes non directement applicables permet d'en dresser une rapide typologie en fonction de leur force obligatoire, mais aussi de leur nature. Certaines sont à la source d'obligations plus nombreuses ou plus rigides, mais surtout plus précises que d'autres. Les directives européennes, les lois et les textes imposant une obligation d'exercice du pouvoir réglementaire sont les actes juridiques disposant potentiellement de la plus grande force obligatoire. À ces actes juridiques est associée une obligation d'exécution, là où une obligation de respect est déduite des normes constitutionnelles et internationales. Cette typologie semble se confirmer à l'étude des sanctions de ces obligations.

⁹⁴⁹ CJCE 17 novembre 1993, *Procédure pénale c. Coöperatieve Zuivelindustrie « Twee Provinciën » W.A.*, C-285/92, Rec., I, p. 6045.

Chapitre second : Une force contraignante limitée

Le complément essentiel de l'étude de la force obligatoire des normes non directement applicables réside dans l'examen de leur force contraignante et dans la détermination des moyens existants pour imposer leur contenu. Comprendre comment une norme s'impose nécessite une définition de ses différentes sanctions. La notion de sanction est ici entendue au sens large comme « *tout moyen destiné à assurer le respect et l'exécution effective d'un droit ou d'une obligation* »⁹⁵⁰, comme un acte de contrainte. L'analyse du degré de contrainte des normes non directement applicables nécessite une étude approfondie de la notion de sanction. De manière évidente, la force de la sanction varie en fonction de sa nature, de son objet et, de manière très concrète et précise, du comportement sanctionné. La sanction juridique est un moyen de contrainte appliqué par une autorité spécialement habilitée et qui intervient afin de garantir le respect d'une règle de droit. La garantie du respect de la règle juridique peut revêtir plusieurs aspects et consister une variété de moyens différents. Le postulat habituel consiste à considérer que la force contraignante d'une norme et son efficacité sont proportionnelles à son niveau de protection juridictionnelle. Face au faible nombre de procédures juridictionnelles aptes à garantir le respect des normes non directement applicables (Section II), les mécanismes de contrôle non contentieux se révèlent être de véritables techniques de développement de la de la force contraignante des normes non directement applicables (Section I).

⁹⁵⁰ CORNU G., Association H. CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, P.U.F., Quadrige, 9^e éd., 2011, v^e « Sanction », p. 933.

Section I : Les mécanismes de contrôle non contentieux, techniques de développement de la force contraignante des normes non directement applicables

La mise en place de procédures spécifiques ou de nature juridictionnelle reste tout à fait exceptionnelle dans l'ordre international, notamment du fait de facteurs politiques. Il en résulte que les normes non directement applicables d'origine internationales sont perçues comme des normes de moindre contrainte. À l'inverse, une nette tendance à la multiplication des mécanismes de contrôle non contentieux se développe⁹⁵¹. Ces contrôles sont parfois assortis de mécanismes contentieux, de manière complémentaire ou subsidiaire⁹⁵². En droit interne, si la position classique consiste à considérer le contrôle juridictionnel comme nécessairement efficace et donc « auto-suffisant », les évolutions plus récentes permettent d'en constater les limites. Il apparaît dès lors nécessaire de développer des mécanismes de contrôle non contentieux permettant, par exemple, de répondre à des problématiques échappant au contrôle juridictionnel ou d'en renforcer la portée, dans une perspective complémentaire. Les mécanismes de contrôle non contentieux des normes non directement applicables présentent une importante variété et produisent des effets parfois contrastés. Ils contribuent néanmoins de manière importante au développement de la force contraignante des normes non directement applicables tant en droit interne (Paragraphe II), qu'en droit international (Paragraphe I).

⁹⁵¹ Comme le constate A. WEBER, *Les mécanismes de contrôle non contentieux du respect des droits de l'homme*, Paris, Pedone, 2008, spé. p. 35 à 126.

⁹⁵² Par exemple, l'article 16 de la convention d'Aarhus relatif au règlement des différends stipule : « si un différend surgit entre deux ou plusieurs Parties au sujet de l'interprétation ou de l'application de la présente Convention, ces Parties s'efforcent de le régler par voie de négociation ou par tout autre moyen de règlement des différends qu'elles jugent acceptable. 2. Lorsqu'elle signe, ratifie, accepte, approuve la présente Convention ou y adhère, ou à tout moment par la suite, une Partie peut signifier par écrit au Dépositaire que, pour les différends qui n'ont pas été réglés conformément au paragraphe 1 ci-dessus, elle accepte de considérer comme obligatoires l'un des deux ou les deux moyens de règlement ci-après dans ses relations avec toute Partie acceptant la même obligation : a) Soumission du différend à la Cour internationale de Justice ; b) Arbitrage, conformément à la procédure définie à l'annexe II. 3. Si les parties au différend ont accepté les deux moyens de règlement des différends visés au paragraphe 2 ci-dessus, le différend peut n'être soumis qu'à la Cour internationale de Justice, à moins que les parties n'en conviennent autrement ». Il est également possible de se référer au système de la Charte sociale européenne révisée qui connaît une procédure de rapports et une procédure de réclamation collective.

Paragraphe I : Les mécanismes internationaux de contrôle non contentieux du respect des normes non directement applicables

Les techniques de contrôle non contentieux en droit international sont d'une grande variété (A), et peuvent parfois jouer un rôle important dans la réalisation des normes non directement applicables (B).

A – Le contrôle non contentieux en droit international par des procédures « de suivi »

Malgré l'extrême variété des mécanismes existant en droit international (non contentieux pour une large majorité), il est possible de dégager certains traits communs. Il a déjà été souligné que de nombreuses stipulations considérées comme non directement applicables en droit public français ont pour but la protection des individus ou la reconnaissance de droits à leur bénéfice. Ce type de normes connaît souvent des mécanismes de contrôle internationaux. Le contrôle est exercé par des organes de surveillance ou de « *monitoring* »⁹⁵³, et se fonde sur l'organisation d'un système de rapports périodiques (1) et, parfois, de procédures spéciales (2).

1. La procédure des rapports nationaux

Une des procédures les plus répandues est la remise régulière par les États de rapports concernant l'état de leur législation au regard de leurs engagements. Ces rapports sont adressés aux organes de contrôle qui les utilisent comme base pour formuler des recommandations aux États. Un suivi des recommandations complète souvent le dispositif. Il peut, par exemple, consister concrètement en une nouvelle procédure sous forme de rapport ou en la tenue de mission d'assistance technique. Il est également possible de recourir à la publicité des constatations de violation, soit comme sanction du manque de coopération d'un État, soit comme moyen de

⁹⁵³ Tel est le cas, par exemple, de la Charte sociale européenne dont le respect des engagements est soumis au contrôle du Comité européen des Droits sociaux, de la Convention internationale des droits de l'enfant dont la mise en œuvre est contrôlée par le Comité des droits de l'enfant des Nations Unies, de la Convention de Berne relative à la conservation de la vie sauvage et du milieu naturel de l'Europe dont l'application est confiée à un comité permanent, etc.

pression. Parmi l'extrême variété des systèmes existants, il est possible de s'appuyer sur deux exemples de suivi de conventions comprenant des normes non directement applicables.

Le premier exemple concerne la Charte sociale européenne dont de nombreuses stipulations sont jugées dépourvues d'effet direct par le juge administratif⁹⁵⁴. La Charte sociale prévoit en sa partie IV une procédure de rapports nationaux. La règle est complétée par une décision du Comité des Ministres de 2006 organisant un nouveau système de présentation des rapports⁹⁵⁵. Les stipulations de la Charte sont désormais divisées en quatre groupes thématiques : « *emploi, formation et égalité des chances* »⁹⁵⁶, « *santé, sécurité sociale et protection sociale* »⁹⁵⁷, « *droits liés au travail* »⁹⁵⁸ et « *enfants, familles, migrants* »⁹⁵⁹. Au 31 octobre de chaque année, les États

⁹⁵⁴ CE 20 avril 1984, *Ministre délégué chargé du budget c. Melle Valton et autres*, Rec. p. 148 (article 4-4) ; CE 15 mai 1995, *Raut*, Rec., Tables, p. 610, p. 629 et p. 995 ; R.G.D.I.P., 1996, p. 277 (articles 11 et 12) ; CE 2 avril 2004, *Bisiaux*, n° 249482, inédit au Recueil Lebon (article 1^{er}) ; CE 7 juin 2006, *Association AIDES et autres*, Rec. p. 282 ; Dr. Soc., n° 11, novembre 2006, p. 1037, concl. C. DEVYS ; J.C.P., A., 1154, note P. BILLET ; Dr. Env., n° 141, p. 235, note S. GRATAUD (articles 11, 12, 13 et 17) ; CE 2 octobre 2009, *Union syndicale Solidaires Isère*, Rec., Tables, p. 655, et p. 970 (article 4) ; CE 23 décembre 2010, *Association Aides, Association des familles victimes du saturnisme (A.F.V.S.), Comité médical pour les exilés (C.O.M.E.D.E.) et Groupement d'information et de soutien des travailleurs immigrés (G.I.S.T.I.)*, Rec., Tables, p. 774 et p. 991 ; A.J.D.A., 2011, p. 463, concl. C. LANDAIS (articles 11, 13, 16 et 17) ; CE 24 août 2011, *Association Vaincre l'autisme*, n° 332876, inédit au Recueil Lebon (articles 15-1, 17-1 et 17-2).

⁹⁵⁵ Document CM(2006)53, 4 avril 2006, 963^e Réunion du 3 mai 2006, disponible sur le site internet du Conseil de l'Europe, dans la rubrique consacrée à la Charte sociale européenne : <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM%282006%2953&Language=lanFrench&Site=COE&BackColorInternet=9999CC&BackColorIntranet=FFBB55&BackColorLogged=FFAC75>. Le calendrier du système de rapports peut également être consulté sur le site internet dédié à la Charte sociale : http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/ReportCalendar/CalendarNRS_fr.asp.

⁹⁵⁶ Articles 1, 9, 10, 15, 18, 20, 24, 25. Le 11^e rapport de la France sera soumis fin 2011 porte sur ce groupe et couvre la période du 1^{er} janvier 2007 au 31 décembre 2010.

⁹⁵⁷ Articles 3, 11, 12, 13, 14, 23, 30. Le 8^e rapport de la France soumis fin 2008 porte sur ce groupe et couvre la période du 1^{er} janvier 2005 au 31 décembre 2007.

⁹⁵⁸ Articles 2, 4, 5, 6, 21, 22, 26, 28, 29. Le 9^e rapport de la France soumis fin 2009 porte sur ce groupe et couvre la période du 1^{er} janvier 2005 au 31 décembre 2008.

⁹⁵⁹ Articles 7, 8, 16, 17, 19, 27, 31. Le 10^e rapport de la France soumis fin 2010 porte sur ce groupe et couvre la période du 1^{er} janvier 2005 au 31 décembre 2009.

présentent au Comité européen des Droits sociaux (ci-après C.E.D.S.)⁹⁶⁰ un rapport relatif à leur situation au regard d'un groupe thématique. Chaque stipulation de la Charte fait donc l'objet d'un rapport une fois tous les quatre ans. Le Comité européen des Droits sociaux a pour fonction de statuer « *en droit sur la conformité des situations nationales avec la Charte sociale européenne, le Protocole additionnel de 1988 et la Charte sociale européenne révisée. Il adopte des conclusions dans le cadre de la procédure de rapports et des décisions dans le cadre de la procédure des réclamations collectives* »⁹⁶¹. Les éventuels problèmes d'objectivité des rapports nationaux peuvent être neutralisés par la possibilité dont dispose le Secrétariat de mener des investigations, même si ses moyens, notamment en termes de budget et de temps, restent réduits.

Le second exemple concerne la Convention de Berne du 19 novembre 1979, relative à la conservation de la vie sauvage et du milieu naturel de l'Europe⁹⁶². Elle établit un système de contrôle comprenant plusieurs types de rapports. Un Comité

⁹⁶⁰ Le C.E.D.S. est composé de quinze experts indépendants élus par le Comité des Ministres. Le nombre des membres du C.E.D.S. est fixé par une décision du Comité des Ministres, adoptée lors de la 751^e réunion des Délégués des Ministres (2-7 mai 2001), et suite à la Recommandation n° 1354 (1998) « *Avenir de la Charte sociale européenne* ». Selon le Protocole de Turin de 1991, les membres du Comité européen des Droits sociaux sont élus par l'Assemblée parlementaire, comme les juges de la Cour européenne des Droits de l'homme. Le site internet dédié à la Charte sociale européenne précise que cette stipulation est la seule à ne pas encore être appliquée : http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/ECSR/ECSRdefault_fr.asp. Protocole portant amendement à la Charte sociale européenne du 21 octobre 1991, Série des traités européens (S.T.E.) n° 142 disponible sur le site internet dédié à la Charte sociale européenne : <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=142&CM=8&CL=FRE>.

⁹⁶¹ Aux termes de l'article 2 du Règlement du Comité européen des Droits sociaux, adopté lors de la 201^e session le 29 mars 2004 et révisé lors de la 207^e session le 12 mai 2005, lors de la 234^e session le 20 février 2009 et lors de la 250^e session le 10 mai 2011, téléchargeable sur le site du Conseil de l'Europe, Rubrique Charte sociale européenne, Sous-rubrique Comité européen des droits sociaux : http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/ESCRrules/ESCRRules_fr.asp.

⁹⁶² Dont certaines stipulations sont jugées dépourvues d'effet direct par le juge administratif. CE 17 novembre 1995, *Union juridique Rhône-Méditerranée*, Rec. p. 412 : « *si les obligations internationales de la convention de Berne du 19 septembre 1979, ratifiée par la France et rendue applicable par le décret du 22 août 1990 d'une part, et de la convention de Ramsar du 2 février 1971, également ratifiée et rendue applicable par le décret du 20 février 1987 d'autre part, imposent à la France la conservation de la flore et de faune sauvages et de leurs habitats et la protection particulière de certaines espèces, notamment par des zones de protection spéciale, ainsi que la conservation des zones humides et des oiseaux d'eau, les stipulations desdites conventions créent seulement des obligations entre États sans ouvrir de droits aux intéressés* ». CE, ord. réf., 9 mai 2006, *Fédération transpyrénéenne des éleveurs de montagne et autres*, n° 292398, Rec. p. 236; A.J.D.A., p. 956 ; *Environnement*, comm. n° 67, note P. TROUILLY : « *s'agissant du respect des engagements internationaux de la France, il y a lieu de relever que les stipulations de la convention de Berne relative à la conservation de la vie sauvage et du milieu naturel créent seulement des obligations entre les États parties sans produire d'effets directs dans l'ordre juridique interne* ». CE 23 février 2009, *Fédération transpyrénéenne des éleveurs de montagne et autres*, Rec., Tables, p. 597, p. 846 et p. 914 (point a du paragraphe 2 de l'article 11).

permanent assure le suivi de la mise en œuvre de la Convention. Son action est complétée par celle des Groupes d'experts, chargés de veiller à la mise en œuvre des recommandations du Comité permanent, conformément aux espèces ou aux habitats qui les concernent (tels que les amphibiens et les reptiles, les plantes, les oiseaux, etc.). Lors de leurs réunions, tous les deux ou trois ans, les Groupes d'experts créés traitent de problèmes spécifiques de conservation et proposent des recommandations au Comité permanent. Les procédures organisant la remise de rapports nationaux visent à participer au suivi de la mise en œuvre de la Convention et à en évaluer l'efficacité. Selon l'article 9-1, les États parties ont la possibilité de déroger aux stipulations des articles 4⁹⁶³, 5⁹⁶⁴, 6⁹⁶⁵, 7⁹⁶⁶, et à l'interdiction de l'article 8⁹⁶⁷, sous

⁹⁶³ « 1. Chaque Partie contractante prend les mesures législatives et réglementaires appropriées et nécessaires pour protéger les habitats des espèces sauvages de la flore et de la faune, en particulier de celles énumérées dans les annexes I et II, et pour sauvegarder les habitats naturels menacés de disparition. 2. Les Parties contractantes tiennent compte, dans leurs politiques d'aménagement et de développement, des besoins de la conservation des zones protégées visées au paragraphe précédent, afin d'éviter ou de réduire le plus possible toute détérioration de telles zones. 3. Les Parties contractantes s'engagent à accorder une attention particulière à la protection des zones qui ont une importance pour les espèces migratrices énumérées dans les annexes II et III et qui sont situées de manière adéquate par rapport aux voies de migration, comme aires d'hivernage, de rassemblement, d'alimentation, de reproduction ou de mue. 4. Les Parties contractantes s'engagent à coordonner autant que de besoin leurs efforts pour protéger les habitats naturels visés au présent article lorsqu'ils sont situés dans des régions qui s'étendent de part et d'autre de frontières ».

⁹⁶⁴ « Chaque Partie contractante prend les mesures législatives et réglementaires appropriées et nécessaires pour assurer la conservation particulière des espèces de flore sauvage énumérées dans l'annexe I. Seront interdits la cueillette, le ramassage, la coupe ou le déracinage intentionnels des plantes visées. Chaque Partie contractante interdit, autant que de besoin, la détention ou la commercialisation de ces espèces ».

⁹⁶⁵ « Chaque Partie contractante prend les mesures législatives et réglementaires appropriées et nécessaires pour assurer la conservation particulière des espèces de faune sauvage énumérées dans l'annexe II. Seront notamment interdits, pour ces espèces : a. toutes formes de capture intentionnelle, de détention et de mise à mort intentionnelle ; b. la détérioration ou la destruction intentionnelles des sites de reproduction ou des aires de repos ; c. la perturbation intentionnelle de la faune sauvage, notamment durant la période de reproduction, de dépendance et d'hibernation, pour autant que la perturbation ait un effet significatif eu égard aux objectifs de la présente Convention ; d. la destruction ou le ramassage intentionnels des œufs dans la nature ou leur détention, même vides ; e. la détention et le commerce interne de ces animaux, vivants ou morts, y compris des animaux naturalisés, et de toute partie ou de tout produit, facilement identifiables, obtenus à partir de l'animal, lorsque cette mesure contribue à l'efficacité des dispositions du présent article ».

⁹⁶⁶ « 1. Chaque Partie contractante prend les mesures législatives et réglementaires appropriées et nécessaires pour protéger les espèces de faune sauvage énumérées dans l'annexe III. 2. Toute exploitation de la faune sauvage énumérée dans l'annexe III est réglementée de manière à maintenir l'existence de ces populations hors de danger, compte tenu des dispositions de l'article 2. 3. Ces mesures comprennent notamment : a. l'institution de périodes de fermeture et/ou d'autres mesures réglementaires d'exploitation ; b. l'interdiction temporaire ou locale de l'exploitation, s'il y a lieu, afin de permettre aux populations existantes de retrouver un niveau satisfaisant ; c. la réglementation, s'il y a lieu, de la vente, de la détention, du transport ou de l'offre aux fins de vente des animaux sauvages, vivants ou morts ».

certaines conditions⁹⁶⁸. L'article 9-2 de la Convention de Berne impose aux États de soumettre au Comité permanent un rapport biennal sur ces dérogations. Ce rapport doit mentionner : « *les populations qui font l'objet ou ont fait l'objet des dérogations et, si possible, le nombre des spécimens impliqués ; les moyens de mise à mort ou de capture autorisés ; les conditions de risque, les circonstances de temps et de lieu dans lesquelles ces dérogations sont intervenues ; l'autorité habilitée à déclarer que ces conditions ont été réalisées, et habilitée à prendre les décisions relatives aux moyens qui peuvent être mis en œuvre, à leurs limites, et aux personnes chargées de l'exécution ; les contrôles opérés* ». De plus, tous les quatre ans, les États parties peuvent, sur la base du volontariat, remettre un rapport général sur la mise en œuvre de la Convention. À ces derniers s'ajoutent les rapports juridiques annuels commandés par le Secrétariat (portant sur l'application de la Convention dans un pays donné), les rapports nationaux soumis aux Groupes d'experts et examinés par ces derniers (concernant les espèces ou habitats ciblés par leurs travaux), ainsi que les rapports soumis par les parties et les observateurs relatifs au suivi des recommandations (le Comité permanent procède chaque année au suivi d'une sélection de recommandations).

2. Les procédures spéciales de communications ou de réclamations

Plusieurs organes ont récemment travaillé à la mise en œuvre de procédures de communications individuelles et interétatiques pour assurer le respect de conventions internationales dont certaines stipulations sont non directement applicables. C'est ainsi que, le 10 décembre 2008, l'Assemblée générale de

⁹⁶⁷ « S'agissant de la capture ou de la mise à mort des espèces de faune sauvage énumérées dans l'annexe III, et dans les cas où des dérogations conformes à l'article 9 sont faites en ce qui concerne les espèces énumérées dans l'annexe II, les Parties contractantes interdisent l'utilisation de tous les moyens non sélectifs de capture et de mise à mort et des moyens susceptibles d'entraîner localement la disparition, ou de troubler gravement la tranquillité des populations d'une espèce, en particulier des moyens énumérés dans l'annexe IV ».

⁹⁶⁸ « À condition qu'il n'existe pas une autre solution satisfaisante et que la dérogation ne nuise pas à la survie de la population concernée, chaque Partie contractante peut déroger aux dispositions des articles 4, 5, 6, 7 et à l'interdiction de l'utilisation des moyens visés à l'article 8 : dans l'intérêt de la protection de la flore et de la faune ; pour prévenir des dommages importants aux cultures, au bétail, aux forêts, aux pêcheries, aux eaux et aux autres formes de propriété ; dans l'intérêt de la santé et de la sécurité publiques, de la sécurité aérienne, ou d'autres intérêts publics prioritaires ; à des fins de recherche et d'éducation, de repeuplement, de réintroduction ainsi que pour l'élevage ; pour permettre, dans des conditions strictement contrôlées, sur une base sélective et dans une certaine mesure, la prise, la détention ou toute autre exploitation judicieuse de certains animaux et plantes sauvages en petites quantités ».

l'Organisation des Nations Unies adopte le Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, qui a pour objet la mise en place d'une procédure de communications individuelles et interétatiques, examinées par le Comité des droits économiques, sociaux et culturels⁹⁶⁹. Le 19 décembre 2011, l'Assemblée générale de l'O.N.U. adopte un protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant visant à organiser une procédure de présentation de communications individuelles et interétatiques au Comité des droits de l'enfant⁹⁷⁰. L'article 19 précise que ce protocole « *entrera en vigueur trois mois après la date du dépôt du dixième instrument de ratification ou d'adhésion* ».

En outre, depuis le protocole de Montréal de 1987 sur la réduction des substances appauvrissant la couche d'ozone⁹⁷¹, certaines procédures originales et propres au droit de l'environnement ont été instituées dans de nombreuses conventions. Il s'agit de l'organisation de « *compliance committee* » ou comités de mise en œuvre ou de non respect, qui sont des organes non juridictionnels. En droit anglo-saxon, la *compliance* « *concerne le processus conduisant à l'acceptation de la norme par les destinataires de celle-ci, et en détermine donc finalement l'effectivité. [La notion d'] impact recouvre plus largement l'ensemble des conséquences qui découlent de l'application de la norme. La compliance est donc la conformité avec la loi du "comportement public général". Elle est réalisée du point de vue de l'autorité qui a édicté la règle à appliquer, lorsque ce comportement s'oriente, selon des proportions acceptables, dans la direction imposée par la règle*⁹⁷² »⁹⁷³. Dans certains cas, ces comités sont composés de représentants des États,

⁹⁶⁹ Résolution A/RES/63/117, notamment téléchargeable à partir du site internet du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, disponible sur : <http://www2.ohchr.org/french/law/index.htm#core>.

⁹⁷⁰ Résolution A/RES/66/138 téléchargeable à partir de la collection des traités des Nations Unies, disponible sur : http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11-d&chapter=4&lang=fr. Ce protocole est ouvert à la signature depuis le 28 février 2012.

⁹⁷¹ Le Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone intervient dans le cadre de la Convention de Vienne pour la protection de la couche d'ozone de 1985. Le 16 septembre 2009, la Convention de Vienne et le Protocole de Montréal sont devenus les premiers traités dans l'histoire des Nations Unies à atteindre la ratification universelle.

⁹⁷² ARENS R. et LASSWELL H., *In defense of public order : the emerging field of sanction law*, New York, Columbia University Press, 1961 : « *by "compliance" I mean the securing of general public behaviour, in a direction and to a degree acceptable to the enunciators of the policy, as a consequence of articulated or otherwise manifested wishes of official policy makers. Sanction, education and enforcement are all then instrumental means in the achievement of such compliance* ». Cité par Mathieu TEORAN, *L'obligation pour l'administration d'assurer l'effectivité des normes juridiques*, Thèse, Université de Paris-Sud (XI), 2007, p. 98.

dans d'autres conventions, de personnes indépendantes qui sont désignées par les États⁹⁷⁴. Les « *compliance committee* » –ou comités de mise en œuvre du droit international de l'environnement– sont chargés de veiller à la bonne application des stipulations conventionnelles, mais ne peuvent infliger de sanctions. Leur existence n'a pas pour objectif le constat de la violation de la convention au sens juridique, mais le constat de sa non application ou de difficultés d'application. Ces comités se contentent de suggérer à l'État en cause des remèdes en vue d'une meilleure effectivité du droit applicable. Selon les conventions, leur saisine dépend des États mais aussi, de plus en plus, des organisations non gouvernementales ou des individus. Certaines conventions prévoient d'autres mécanismes plus originaux, dont deux en particulier peuvent illustrer le propos.

D'une part, lors de la première Réunion des Parties des 21-23 octobre 2002 à Lucques, les États ont créé un Comité d'examen du respect des dispositions de la Convention d'Aarhus (C.E.R.D.C.A.)⁹⁷⁵, dont les articles 1^{er}⁹⁷⁶, 2 § 4⁹⁷⁷, 5 § 2⁹⁷⁸, 6 § 4⁹⁷⁹,

⁹⁷³ TEORAN M., *op. cit.*, p. 98.

⁹⁷⁴ Tel sont les cas de la convention d'Aarhus du 25 juin 1998, sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement, ainsi que de la convention d'Espoo du 25 février 1991 sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière.

⁹⁷⁵ Décision I/7, doc. ECE/EMP.PP/2002/2 (Add. 8), Examen du respect des dispositions, dite « décision E.R.D. ».

⁹⁷⁶ CE 11 janvier 2008, *Lesage et de Bouard*, Rec. p. 1 ; A.J.D.A., p. 69, note E. ROYER ; R.J.E.P., n° 653, p. 29, concl. F. LENICA ; Dr. env., n° 158, p. 19, comm. S. CHARBONNEAU ; Environnement, n° 3, p. 41, note P. TROUILLY.

⁹⁷⁷ CE 11 janvier 2008, *Lesage et de Bouard*, précité.

⁹⁷⁸ CE 11 janvier 2008, *Lesage et de Bouard*, précité.

⁹⁷⁹ Par exemple, CE 28 décembre 2005, *Association citoyenne intercommunale des populations concernées par le projet d'aérodrome de Notre-Dame-des-Landes*, Rec., Tables, p. 690, p. 809, p. 1007, p. 1060, et p. 1142 ; A.J.D.A., p. 1664, note B. DELAUNAY ; Environnement, 2006, n° 40, comm. J.-M. FÉVRIER. CE 28 décembre 2005, *Syndicat d'agglomération nouvelle Ouest-Provence*, Rec. p. 588 ; A.J.D.A., 2006, p. 1664, note B. DELAUNAY ; R.F.D.A., 2006, p. 203 ; Environnement, 2006, n° 39, comm. J.-M. FÉVRIER ; Dr. env., n° 139, p. 159, note J.-V. BOREL. CE 4 août 2006, *Comité de réflexion, d'information et de lutte anti-nucléaire (C.R.I.L.A.N.) et association « Le réseau Sortir du nucléaire »*, Rec. p. 382 ; A.J.D.A., p. 1532, note Y. JÉGOUZO ; Dr. env., n° 144, p. 365, note M. GROS. CE 15 novembre 2006, *Syndicat mixte du Parc naturel régional de la montagne de Reims*, Rec., Tables, p. 702 et p. 960 ; A.J.D.A., p. 2204 ; D.A., janvier 2007, n° 9, comm. P. TROUILLY ; R.D.I., 2007, p. 136, note L. MARION. CE 6 juin 2007, *Commune de Groslay et autres*, Rec. p. 237 ; A.J.D.A., p. 1527, concl. Y. AGUILA. CE 23 février 2009, *Fédération transpyrénéenne des éleveurs de montagne et autres*, Rec., Tables, p. 597, p. 846 et p. 914.

6 § 6⁹⁸⁰, 6 § 8⁹⁸¹, 6 § 9⁹⁸², 7⁹⁸³, 8⁹⁸⁴, 9 § 3 et 9 § 5⁹⁸⁵ sont jugés dépourvus d'effet direct par le juge administratif français. Le Comité est composé de neuf membres⁹⁸⁶ indépendants (qui ne prennent pas part à l'organe exécutif d'un État partie ou le représentent) et sont nommés par la communauté des O.N.G. (ils ne peuvent donc pas non plus représenter l'organe exécutif d'une O.N.G.). Le Comité peut être saisi par une ou plusieurs parties d'une « demande »⁹⁸⁷, et par une « question » du Secrétariat⁹⁸⁸. De plus, des « communications » peuvent être adressées au C.E.R.D.C.A. par tout individu ou association souhaitant que le Comité effectue des « constatations » sur le non-respect de la Convention, sans que l'accord de l'État en cause soit nécessaire⁹⁸⁹. Le Comité adresse un projet de constatation aux parties (le demandeur et l'État concerné) et sollicite leurs réactions. Il délibère ensuite sur sa constatation qui est rendue publique. Le C.E.R.D.C.A. peut, *a priori*, sembler faible en comparaison de la Réunion des Parties. La procédure de suivi s'avère essentiellement coopérative et incitative, visant à la mise en œuvre effective et progressive de la Convention d'Aarhus⁹⁹⁰.

⁹⁸⁰ CE 6 juin 2007, *Commune de Groslay et autres*, Rec. p. 237 ; A.J.D.A., p. 1527, concl. Y. AGUILA.

⁹⁸¹ CE 6 juin 2007, *Commune de Groslay et autres*, précité ; CE 26 octobre 2007, *U.F.C. que choisir de la Côte d'Or*, n° 291109, inédit au Recueil Lebon ; CE 19 mars 2008, *Commune de Binningen*, n° 297860, inédit au Recueil Lebon ; J.C.P., A., n° 30, p. 28, note P. BILLET ; CE 18 décembre 2008, *Collectif pour la protection des riverains de l'autoroute A184*, n° 310027, inédit au Recueil Lebon.

⁹⁸² CE 26 octobre 2007, *U.F.C. que choisir de la Côte d'Or*, précité ; CE 18 décembre 2008, *Commune de Conflans-Sainte-Honorine*, n° 307434, inédit au Recueil Lebon.

⁹⁸³ CE 6 juin 2007, *Commune de Groslay et autres*, précité.

⁹⁸⁴ CE 28 décembre 2005, *Association citoyenne intercommunale des populations concernées par le projet d'aérodrome de Notre-Dame-des-Landes*, précité ; CE 15 novembre 2006, *Syndicat mixte du Parc naturel régional de la montagne de Reims*, précité ; CE 6 juin 2007, *Commune de Groslay et autres*, précité ; CE 26 octobre 2007, *U.F.C. que choisir de la Côte d'Or*, précité ; CE 19 mars 2008, *Commune de Binningen*, précité ; CE 18 décembre 2008, *Collectif pour la protection des riverains de l'autoroute A184*, précité ; CE 23 avril 2009, *Association France nature environnement, Association Greenpeace France, Réseau Sortir du nucléaire et Comité de réflexion, d'information et de lutte anti-nucléaire*, n° 306242, inédit au Recueil Lebon ; A.J.D.A., p. 858.

⁹⁸⁵ CE 5 avril 2006, *Mme Dupont et autres*, Rec., Tables, p. 1042, p. 1104 et p. 1114 ; B.J.D.U., p. 232, concl. M.-H. MITJAVILE et obs. J.-C. B.

⁹⁸⁶ Décision II/5 ECE/MP.PP/2005/2/Add. 6 du 13 juin 2005, § 12.

⁹⁸⁷ § 15 et § 16 de la Décision E.R.D. précitée.

⁹⁸⁸ § 17 de la Décision E.R.D. précitée.

⁹⁸⁹ § 18 à § 24 de la Décision E.R.D. précitée.

⁹⁹⁰ Pour plus de détail sur cette procédure, cf. KOESTER V., *Le comité d'examen du respect des dispositions de la Convention d'Aarhus: panorama des procédures et de la jurisprudence*, R.E.D.E., n° 3/2007, p. 251.

D'autre part, dans le cadre de la Charte sociale européenne, un système de réclamations collectives⁹⁹¹ est ouvert, depuis le 1^{er} juillet 1998⁹⁹², aux États, aux syndicats représentatifs et à certaines organisations non gouvernementales⁹⁹³. La procédure relative à ces réclamations est essentiellement écrite et se concrétise par un échange de mémoires entre les parties. Cependant, les autres États qui ont accepté la procédure des réclamations collectives sont admis à formuler des observations sur le fond si la réclamation est jugée recevable. Une audition publique peut éventuellement être organisée par le Comité européen des Droits sociaux, à son initiative ou à celle des parties⁹⁹⁴. Après une première décision sur la recevabilité de la réclamation, le C.E.D.S. rend une décision sur son bien-fondé. Un Comité gouvernemental, composé de représentants des États parties et assisté d'observateurs qui représentent les partenaires sociaux européens, examine les décisions de non-conformité dans les mois suivant leur publication. L'État concerné doit être en mesure de justifier des moyens envisagés ou mis en œuvre pour remédier à la situation. Dans les cas où le Comité gouvernemental estime que l'État risque de ne pas tirer les conséquences de la décision de non-conformité, il peut proposer au Comité des Ministres d'adresser une recommandation à l'État. Par cette dernière, le Comité des Ministres recommande à l'État de prendre les mesures spécifiques appropriées pour mettre la situation en conformité avec la Charte. Chaque année, le

⁹⁹¹ Cette procédure est applicable sur la base d'une acceptation volontaire des États. Au 4 avril 2012, sur quarante-sept États membre, quinze ont accepté la procédure des réclamations collectives : la Belgique, la Bulgarie, la Croatie, Chypre, la Finlande, la France, la Grèce, l'Irlande, l'Italie, la Norvège, les Pays-Bas, le Portugal, la République tchèque, la Slovénie et la Suède. L'état des ratifications et des acceptations peut être consulté sur le site internet dédié à la Charte sociale européenne : http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Presentation/Overview_fr.asp.

⁹⁹² Date d'entrée en vigueur du Protocole additionnel à la Charte sociale européenne prévoyant un système de réclamations collectives, du 9 novembre 1995, S.T.E. n° 158.

⁹⁹³ Il s'agit des organisations internationales d'employeurs et de travailleurs, des organisations d'employeurs et les syndicats de l'État en cause et des organisations internationales non gouvernementales dotées du statut participatif auprès du Conseil de l'Europe et inscrites sur la liste établie à cette fin par le Comité gouvernemental de la Charte, pour un période de 4 ans, renouvelable. Dans le cas où l'État a expressément accepté cette possibilité, les O.N.G. nationales peuvent saisir le Comité européen des Droits sociaux. Au 4 avril 2012, seule la Finlande est concernée par cette hypothèse.

⁹⁹⁴ Article 7 § 4 du Protocole du 9 novembre 1995.

Comité gouvernemental présente un rapport au Comité des Ministres⁹⁹⁵. Le Comité des Ministres intervient également dans la phase finale des mécanismes de contrôle sur la base de rapports nationaux. Après avoir été saisi du rapport du Comité gouvernemental auquel sont annexées les conclusions du Comité européen des Droits sociaux, le Comité des Ministres adopte une résolution qui clôture chaque cycle de contrôle et adresse « *toute recommandation nécessaire à chacune des Parties contractantes* »⁹⁹⁶.

B – Les effets des mécanismes internationaux de contrôle sur les normes non directement applicables

Les mécanismes non contentieux de contrôle peuvent constituer des instruments importants de renforcement du potentiel de contrainte des normes non directement applicables. Ces effets se manifestent principalement dans l'influence de la « jurisprudence » développée par certains des organes de contrôle sur la mise en application des conventions (1), mais aussi par l'utilisation de méthodes alternatives de sanction ou de moyens de pression (2).

1. L'influence de la « jurisprudence » des organes de surveillance

En matière internationale, le problème essentiel des procédures traditionnelles reste le principe de l'absence de sanction forte, à l'exception des rares cas où est prévue une exclusion de l'organisation internationale. Il est, de plus, important de constater certains paradoxes dans l'efficacité des procédures. En revanche, il est utile de préciser qu'afin de remédier aux incertitudes liées à la concrétisation des engagements internationaux, certaines organisations ont publié, en plusieurs langues, des guides d'application détaillés article par article des conventions. Il est possible de se référer, par exemple, au Guide d'application de la Convention d'Aarhus, établi en 2000 et publié sous l'égide de la Commission

⁹⁹⁵ Depuis 2001, ce rapport est soumis dans une version abrégée. Depuis 2002, le Comité gouvernemental présente deux rapports, l'un sur la Charte sociale européenne (révisée) et le second sur la Charte sociale européenne.

⁹⁹⁶ Selon les termes de l'article 29 de la Charte sociale européenne.

économique pour l'Europe de l'Organisation des Nations Unies⁹⁹⁷, ou au Manuel pour l'application de la Convention relative aux droits de l'enfant, édité par le Fonds des Nations Unies pour l'enfance (ci-après U.N.I.C.E.F.) en 2002⁹⁹⁸.

L'étude des dispositifs prévus par la Charte sociale européenne révèle certaines situations concrètes parfois surprenantes. Sur le plan statistique⁹⁹⁹, sur quatre-vingt-deux réclamations collectives déposées depuis la date de l'entrée en vigueur du Protocole additionnel mettant en place cette procédure (1998), vingt-huit concernent la France¹⁰⁰⁰ (décompte au 1^{er} mai 2012). Sur ces dernières, il est possible de dénombrer six procédures en cours¹⁰⁰¹, deux décisions d'irrecevabilité¹⁰⁰² et cinq décisions concluant à l'absence de violation¹⁰⁰³. Sur les quinze restantes, il y a deux réclamations pour lesquelles le Comité européen des Droits sociaux a constaté une

⁹⁹⁷ Disponible et téléchargeable sur le site de la Commission économique pour l'Europe de l'Organisation des Nations Unies, Rubrique « Publications » : <http://www.unece.org/environmental-policy/treaties/public-participation/publications.html>.

⁹⁹⁸ Il peut être commandé à partir du site internet de l'U.N.I.C.E.F., Rubrique « Publications » : http://www.unicef.org/french/publications/index_5598.html.

⁹⁹⁹ Cf. la fiche de la France sur le site consacré à la Charte sociale européenne : http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/CountryFactsheets/France_fr.asp.

¹⁰⁰⁰ Ce décompte est effectué à partir de la liste des réclamations collectives disponible sur le site internet consacré à la Charte sociale européenne, Rubrique « La procédure des réclamations collectives » : http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Complaints/Complaints_fr.asp.

¹⁰⁰¹ Selon la liste des réclamations collectives disponible sur le site internet consacré à la Charte sociale européenne : Réclamation n° 64/2011, *Forum européen des Roms et des Gens du Voyage (F.E.R.V.) c. France* ; Réclamation n° 67/2011, *Médecins du Monde – International c. France* ; Réclamation n° 68/2011, *Conseil Européen des Syndicats de Police (C.E.S.P.) c. France* ; Réclamation n° 73/2011, *Le Syndicat de Défense des Fonctionnaires c. France* ; n° 81/2012, *Action européenne des handicapés (A.E.H.) c. France* ; Réclamation n° 82/2012, *Comité européen d'action spécialisée pour l'Enfant et la Famille dans leur milieu de vie (EUROCEF) c. France*.

¹⁰⁰² Selon la fiche de la France sur le site consacré à la Charte sociale européenne (http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/CountryFactsheets/France_fr.asp), il s'agit de la Réclamation n° 28/2004, 13 juin 2005, *Syndicat national des dermato-vénérologues (S.N.D.V.) c. France*, décision sur la recevabilité ; et de la Réclamation n° 29/2005, 14 juin 2005, *Syndicat des hauts fonctionnaires (S.A.I.G.I.) c. France*, décision sur la recevabilité.

¹⁰⁰³ Réclamation n° 2/1999, 4 décembre 2000, *Fédération européenne du personnel des services publics (EUROFEDOP) c. France*, décision sur le bien-fondé ; Réclamation n° 23/2003, 7 septembre 2004, *Syndicat occitan de l'éducation c. France*, décision sur le bien-fondé ; Réclamation n° 26/2004, 15 juin 2005, *Syndicat des Agrégés de l'Enseignement Supérieur (S.A.G.E.S.) c. France*, décision sur le bien-fondé ; Réclamation n° 50/2008, 9 septembre 2009, *Confédération Française Démocratique du Travail (C.F.D.T.) c. France*, décision sur le bien-fondé ; Réclamation n° 54/2008, 2 décembre 2010, *Conseil Européen des Syndicats de Police (C.E.S.P.) c. France*, décision sur le bien-fondé.

violation et où la France a mis la situation en conformité¹⁰⁰⁴, six réclamations pour lesquelles le C.E.D.S. a constaté une violation et où des progrès ont été réalisés mais n'ont pas encore été examinés¹⁰⁰⁵, et sept situations persistantes de violation¹⁰⁰⁶. Tant dans le cadre du mécanisme de la procédure des réclamations collectives que dans celui de la procédure des rapports, le Comité européen des Droits sociaux exerce un contrôle effectif très rigoureux sur la conformité du droit interne à la Charte sociale¹⁰⁰⁷. En revanche, le Comité des Ministres se montre beaucoup plus réservé dans ses délibérations et paraît peu enclin à prendre des décisions trop gênantes pour les États membres. Il lui arrive de se contenter de « *prendre note* » des conclusions du Comité européen des Droits sociaux constatant un défaut de conformité. Dans d'autres résolutions, le Comité des ministres « *prend* » également « *note* » des arguments de l'État partie, les mettant ainsi sur le même plan que la décision du Comité européen des Droits sociaux.

Toutefois, l'étude de la « jurisprudence » des organes de contrôle révèle un fort potentiel dans le développement de l'effectivité du contrôle des normes non directement applicables et de leur mise en œuvre. Les travaux interprétatifs du Comité des droits économiques, sociaux et culturels et du Comité européen des

¹⁰⁰⁴ Réclamation n° 14/2003, 8 septembre 2004, *Fédération Internationale des Ligues des Droits de l'Homme (F.I.D.H.) c. France*, décision sur le bien-fondé ; Réclamation n° 24/2004, 8 novembre 2005, *Syndicat SUD Travail Affaires Sociales c. France*, décision sur le bien-fondé.

¹⁰⁰⁵ Réclamation n° 6/1999, 31 janvier 2001, *Syndicat national des professions du tourisme c. France*, décision sur le bien-fondé ; Réclamation n° 9/2000, 16 novembre 2001, *Confédération Française de l'Encadrement « C.F.E.-C.G.C. » c. France*, décision sur le bien-fondé ; Réclamation n° 16/2003, 12 octobre 2004, *Confédération Française de l'Encadrement « C.F.E.-C.G.C. » c. France*, décision sur le bien-fondé ; Réclamation n° 22/2003, 7 décembre 2004, *Confédération générale du travail (C.G.T.) c. France*, décision sur le bien-fondé ; Réclamation n° 55/2009, 23 juin 2010, *Confédération Générale du Travail (C.G.T.) c. France*, décision sur le bien-fondé ; Réclamation n° 56/2009, 23 juin 2010, *Confédération Française de l'Encadrement « C.F.E.-C.G.C. » c. France*, décision sur le bien-fondé.

¹⁰⁰⁶ Réclamation n° 13/2002, 4 novembre 2003, *Association internationale Autisme-Europe (A.I.A.E.) c. France*, décision sur le bien-fondé ; Réclamation n° 33/2006, 5 décembre 2007, *Mouvement international A.T.D.-Quart Monde c. France*, décision sur le bien-fondé ; Réclamation n° 38/2006, 3 décembre 2007, *Conseil européen des Syndicats de Police (C.E.S.P.) c. France*, décision sur le bien-fondé ; Réclamation n° 39/2006, 4 février 2008, *Fédération européenne des Associations nationales travaillant avec les Sans-abri (FEANTSA) c. France*, décision sur le bien-fondé ; Réclamation n° 51/2008, 19 octobre 2009, *Centre européen des Droits des Roms (C.E.D.R.) c. France*, décision sur le bien-fondé ; Réclamation n° 57/2009, 1^{er} décembre 2010, *Conseil Européen des Syndicats de Police (C.E.S.P.) c. France*, décision sur le bien-fondé ; Réclamation n° 63/2010, 28 juin 2011, *Centre on Housing Rights and Evictions (C.O.H.R.E.) c. France*, décision sur le bien-fondé.

¹⁰⁰⁷ Voir MARGUÉNAUD J.-P. et MOULY J., *Le Comité européen des droits sociaux, un laboratoire d'idées sociales méconnu*, R.D.P., 2011, p. 685.

Droits sociaux contribuent de manière importante à assurer une meilleure compréhension et une meilleure justiciabilité des droits consacrés par ces conventions. Le C.E.D.S. développe une interprétation très dynamique de la Charte sociale européenne et exerce un contrôle complet du respect de ses dispositions. Il reconnaît, certes, une certaine marge de manœuvre des États partie dans la mise en œuvre des droits consacrés par la Charte, mais vérifie, au besoin selon une approche macro-économique, la réalité et la qualité des résultats obtenus par les États. Dans le cadre de la réclamation collective *Centre européen des droits des Roms c. Bulgarie*, le Comité précise que « *la jouissance effective des certains droits fondamentaux suppose une intervention positive de l'État : celui-ci doit prendre les mesures juridiques et pratiques qui s'avèrent nécessaires et qui répondent à l'objectif de protéger efficacement le droit en question. Les États disposent d'une marge d'appréciation pour déterminer ce qu'il y a lieu de faire afin d'assurer le respect de la Charte, en particulier pour ce qui concerne l'équilibre à ménager entre l'intérêt général et l'intérêt d'un groupe spécifique, ainsi que les choix à faire en termes de priorités de ressources* »¹⁰⁰⁸. Le C.E.D.S. précise néanmoins que « *lorsque la réalisation de l'un des droits en question est exceptionnellement complexe et particulièrement onéreuse, l'État partie doit s'efforcer d'atteindre les objectifs de la Charte à une échéance raisonnable, au prix de progrès mesurables, en utilisant au mieux les ressources qu'il peut mobiliser* »¹⁰⁰⁹.

Concrètement, dans le cadre du contrôle de la mise en œuvre de l'article 13 de la Charte sociale européenne, relatif à l'assistance sociale et médicale¹⁰¹⁰, le Comité

¹⁰⁰⁸ Réclamation n° 31/2005, 18 octobre 2006, *Centre européen des droits des Roms c. Bulgarie*, décision sur le bien-fondé, point 35. Voir CEDH, gde. ch., 8 juillet 2004, *Ilascu et autres c. Moldova et Russie*, n° 48787/99, § 332 ; D., 2005, Panorama, p. 1004.

¹⁰⁰⁹ Réclamation n° 13/2002, 4 novembre 2003, *Autisme Europe c. France*, décision sur le bien-fondé, point 53.

¹⁰¹⁰ « *En vue d'assurer l'exercice effectif du droit à l'assistance sociale et médicale, les Parties s'engagent : 1. à veiller à ce que toute personne qui ne dispose pas de ressources suffisantes et qui n'est pas en mesure de se procurer celles-ci par ses propres moyens ou de les recevoir d'une autre source, notamment par des prestations résultant d'un régime de sécurité sociale, puisse obtenir une assistance appropriée et, en cas de maladie, les soins nécessités par son état ; 2. à veiller à ce que les personnes bénéficiant d'une telle assistance ne souffrent pas, pour cette raison, d'une diminution de leurs droits politiques ou sociaux ; 3. à prévoir que chacun puisse obtenir, par des services compétents de caractère public ou privé, tous conseils et toute aide personnelle nécessaires pour prévenir, abolir ou alléger l'état de besoin d'ordre personnel et d'ordre familial ; 4. à appliquer les dispositions visées aux paragraphes 1, 2 et 3 du présent article, sur un pied d'égalité avec leurs nationaux, aux ressortissants des autres Parties se trouvant légalement sur leur territoire, conformément aux obligations qu'elles assument en vertu de la Convention européenne d'assistance sociale et médicale, signée à Paris le 11 décembre 1953* ».

européen des Droits sociaux vérifie la réunion de certaines conditions¹⁰¹¹. Le critère du caractère universel du système d'assistance est rempli quand les prestations peuvent être versées à toute personne, du seul fait de sa situation : « *le système d'assistance doit s'étendre, au moins potentiellement, à l'ensemble de la population* »¹⁰¹². L'obligation de fournir l'assistance sociale et médicale existe dès qu'un individu ne peut plus se procurer les ressources nécessaires pour mener une vie décente et « *répondre de manière appropriée aux besoins élémentaires* »¹⁰¹³. L'assistance sociale est considérée comme « appropriée » au sens de la Charte par le C.E.D.S. dès lors qu'elle permet de couvrir les besoins essentiels de l'individu : tel est le cas quand le montant mensuel des prestations d'assistance versé à une personne vivant seule n'est manifestement pas inférieur au seuil de pauvreté¹⁰¹⁴, compte-tenu des prestations de base, des prestations supplémentaires et du seuil de pauvreté dans le pays (fixé à 50 % du revenu médian ajusté, et calculé sur la base du seuil de risque de pauvreté par Eurostat). Enfin, le Comité européen des Droits sociaux s'assure de l'existence de recours garantis par la loi¹⁰¹⁵. De plus, interprétant l'article 31 § 1 de la Charte sociale révisée, le C.E.D.S. donne un contenu concret à la notion de logement décent, considérant que le texte garantit « *à chacun un logement d'un niveau suffisant, ce qui signifie un logement salubre (c'est-à-dire disposant de tous les éléments de comforts essentiels : eau, chauffage, évacuation des ordures ménagères, installations sanitaires, électricité) ; présentant des structures saines ; non surpeuplé ; et assorti d'une garantie légale*

¹⁰¹¹ Comme le démontre l'*Amicus curiæ spontané*, remis à la Section du contentieux du Conseil d'État par le Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux (C.R.E.D.O.F.) de l'Université de Paris Ouest Nanterre La Défense, Projet de recherche sur la justiciabilité des droits sociaux, dans le cadre de la requête n° 322326 du G.I.S.T.I. et de la F.A.P.I.L. contre les ministères de l'Immigration et du Logement, mars 2010, p. 11 à 13, téléchargeable sur le site internet du C.R.E.D.O.F. : <http://droits-sociaux.u-paris10.fr/index.php?id=164>.

¹⁰¹² Digest de jurisprudence du Comité européen des droits Sociaux, établi au 1^{er} septembre 2008, précité, p. 325. Cf. notamment Conclusions IV, p. 88, Italie ; Conclusions X-2, p. 123, Espagne ; Conclusions XIII-3, p. 376 et p. 378, Portugal et Turquie ; Addendum aux Conclusions XIII-3, p. 73, Luxembourg.

¹⁰¹³ Conclusions XIII, Observation interprétative de l'article 13, p. 58 à p. 67 ; Conclusions XIV-1, Portugal, p. 715.

¹⁰¹⁴ Conclusions 2004, Lituanie, p. 394.

¹⁰¹⁵ Conclusions I, Observation interprétative de l'article 13, p. 64.

de maintien dans les lieux »¹⁰¹⁶. Dans sa décision sur le bien-fondé rendue à l'occasion de la réclamation *Mouvement international A.T.D.-Quart Monde c. France*¹⁰¹⁷, le Comité rappelle que le droit au logement ne constitue pas une obligation de résultat. Cependant, il énumère une liste des obligations précises que les États parties doivent assumer « *pour que la situation puisse être jugée conforme au Traité : a) de mettre en œuvre des moyens (normatifs, financiers, opérationnels), propres à permettre de progresser réellement vers la réalisation des objectifs assignés par la Charte, b) de tenir des statistiques dignes de ce nom permettant de confronter besoins, moyens et résultats, c) de procéder à une vérification régulière de l'effectivité des stratégies arrêtées, d) de définir des étapes, et de ne pas reporter indéfiniment le terme des performances qu'ils se sont assignées, e) d'être particulièrement attentifs à l'impact des choix opérés par eux sur l'ensemble des catégories de personnes concernées et singulièrement celles dont la vulnérabilité est la plus grande* »¹⁰¹⁸. En confrontant la situation française et ses perspectives d'évolution aux exigences de la Charte sociale européenne, le C.E.D.S. conclut à une violation de l'article 31 § 3, au motif que la mise en œuvre de la politique gouvernementale ne saurait constituer une démarche appropriée *per se*, et ne suffit pas à justifier l'inadéquation manifeste et persistante des mécanismes d'intervention existants pour s'assurer que l'offre de logements sociaux aux plus défavorisés bénéficie de toute la priorité qui convient¹⁰¹⁹.

2. L'utilisation de méthodes alternatives de sanction

À la différence des procédures engagées devant la Cour européenne des Droits de l'Homme ou devant la Cour de justice de l'Union européenne, les mécanismes internationaux de contrôle non contentieux n'aboutissent pas à des actes d'une autorité comparable à celle d'une décision juridictionnelle. Si l'article 46 § 1 de la Convention E.D.H. stipule que « *les Hautes parties contractantes s'engagent à se*

¹⁰¹⁶ Réclamation n° 39/2006, 4 février 2008, *Fédération européenne des Associations nationales travaillant avec les Sans-abri (FEANTSA) c. France*, décision sur le bien-fondé, point 76. Voir également Conclusions 2003, Article 31§1, France.

¹⁰¹⁷ Réclamation n° 33/2006, 5 décembre 2007, *Mouvement international A.T.D.-Quart Monde c. France*, décision sur le bien-fondé.

¹⁰¹⁸ Réclamation n° 33/2006, 5 décembre 2007, *Mouvement international A.T.D.-Quart Monde c. France*, décision sur le bien-fondé, point 60.

conformer aux arrêts définitifs de la Cour dans les litiges auxquels elles sont parties », cette précision reste l'exception. Les organes compétents pour le contrôle non contentieux ne disposent pas de moyens similaires pour contraindre les États à se conformer à leurs observations et à mettre en œuvre leurs recommandations. Cependant, plusieurs méthodes alternatives permettent d'inciter efficacement les États à donner effet aux recommandations formulées par les organes de contrôle.

La publicité des violations des conventions internationales, surtout dans les cas où celles-ci sont relatives à des problèmes auxquels l'opinion publique est sensibilisée, est susceptible de produire des résultats encourageants. Cette publicité peut être institutionnalisée et prévue comme une sanction par la convention elle-même, ou servir de moyen de pression comme le « *naming and shaming* » et la publication de certains rapports et documents¹⁰²⁰. Quand une procédure sur rapports existe, rendre publics les rapports étatiques oblige les États parties à faire des efforts d'exactitude et de sincérité afin de minimiser le risque de se faire contredire publiquement. Quant aux avis, conclusions et recommandations des organes de contrôle, une diffusion la plus large possible de document identifiant certains États comme les moins coopératifs peut constituer un moyen de pression important. Certains auteurs soulignent l'importance croissante des effets du rôle de l'opinion en droit international¹⁰²¹. Mais force est de reconnaître que l'efficacité du mécanisme se révèle particulièrement aléatoire dans la mesure où elle dépend fortement de l'efficacité du lobbying, de la notoriété et de l'activité des O.N.G.¹⁰²² ainsi que de la position des médias par rapport au problème en question.

La mise en place d'un suivi des recommandations peut contribuer à exercer une pression supplémentaire sur les États défailants. Les comités de surveillance peuvent demander aux États, de manière systématique, de fournir dans leur

¹⁰¹⁹ Réclamation n° 33/2006, 5 décembre 2007, *Mouvement international A.T.D.-Quart Monde c. France*, décision sur le bien-fondé, point 100.

¹⁰²⁰ Sur l'efficacité de la publicité comme mécanisme de contrôle, cf. A. WEBER, *op. cit.*, p. 263 à 268.

¹⁰²¹ DUPUY P.-M. et KERBRAT Y., *Droit international public*, Paris, Dalloz, Précis, 10^e éd., 2010, spé. p. 271 à 273.

¹⁰²² DEBOS M. et GOHENEIX A., *Les O.N.G. et la fabrique de l'« opinion publique internationale »*, *Raisons politiques* 2005/3, n° 19, *Une opinion publique internationale ?*, p. 63.

prochain rapport des informations sur la mise en œuvre des recommandations précédemment formulées. Ces informations permettent d'évaluer les progrès réalisés dans l'application de la convention et les mesures prises pour donner suite aux conclusions des comités.

Paragraphe II : Les mécanismes internes de contrôle non contentieux de la mise en œuvre des normes non directement applicables

L'action des organes internationaux de contrôle peut être soutenue, au niveau interne, par certaines autorités publiques. Les mécanismes de contrôle non contentieux internes se révèlent disparates (A) et produisent des effets variables (B).

A - La variété des mécanismes de contrôle non contentieux

Il existe en France principalement deux sortes de mécanismes de contrôle non contentieux contribuant à la force contraignante des normes non directement applicables : ce sont les mécanismes de contrôle, dont la maîtrise est confiée à une autorité spécifique (1), et la procédure administrative non contentieuse (2).

1. Le contrôle par une autorité spécifique

Comme en témoignent les exemples du Défenseur des enfants, devenu adjoint au Défenseur des droits (a) et de la Commission sénatoriale pour le contrôle de l'application des lois (b), l'autorité de contrôle peut être indépendante ou politique.

a. Le contrôle par le Défenseur des enfants

Le Défenseur des enfants est une autorité indépendante créée en 2000¹⁰²³ – désormais remplacée par le Défenseur des Droits – et chargée « de défendre et de

¹⁰²³ Loi n° 2000-196 du 6 mars 2000 instituant un Défenseur des enfants (J.O.R.F. n° 56 du 7 mars 2000, p. 3536, texte n° 1), modifiée par loi n° 2007-293 du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance (J.O.R.F. n° 55 du 6 mars 2007, p. 4215, texte n° 7), qui élargit ses possibilités de saisine et lui reconnaît un droit d'auto-saisine.

promouvoir les droits de l'enfant consacrés par la loi ou par un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé »¹⁰²⁴, en particulier par la Convention internationale des droits de l'enfant. À ce titre, il était compétent pour recevoir et traiter des réclamations individuelles et présentait au Président de la République et au Parlement un rapport annuel d'activité. Le dernier bilan global de l'activité du Défenseur des enfants sur la période 2006-2011 annonce que plus de 25 500 enfants ont fait l'objet d'une réclamation sur onze années, dont 14 379 entre 2006 et 2011¹⁰²⁵. Le communiqué de presse note également qu'« en 2011, les réclamations ont augmenté de 30 % du fait de la publicité faite autour du Défenseur des enfants à l'occasion du projet de loi relatif au Défenseur des droits »¹⁰²⁶. Malgré sa médiatisation relativement importante, cette institution a désormais disparu au bénéfice du Défenseur des Droits¹⁰²⁷. Ce dernier absorbe, à terme, les missions du Médiateur de la République, de la Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et pour l'Égalité, de la Commission Nationale de Déontologie de la Sécurité et du Défenseur des enfants¹⁰²⁸. Ces missions sont redistribuées entre le Défenseur des Droits et ses trois adjoints¹⁰²⁹, chacun vice-président des trois collèges spécialisés dans la défense et la promotion des droits de l'enfant, la lutte contre les discriminations et la promotion de l'égalité et la déontologie dans le domaine de la sécurité¹⁰³⁰.

¹⁰²⁴ Article 1^{er} de la loi n° 2000-196 du 6 mars 2000 instituant un Défenseur des enfants.

¹⁰²⁵ Le communiqué de presse précise que ce chiffre correspond à 18 600 dossiers, dont 10 280 sur les cinq dernières années, certaines réclamations concernant plusieurs enfants.

¹⁰²⁶ Ce communiqué est disponible sur le site internet du Défenseur des enfants, <http://www.defenseurdesenfants.fr/communiquedepresseAll.php?year=2011&wc=0>.

¹⁰²⁷ Comme le constate Olivier DORD, « le succès de l'institution dépendra cependant largement du choix de son premier titulaire et de la capacité de celui-ci à mener de front les quatre missions principales qui lui sont confiées », *Le Défenseur des droits ou la garantie rationalisée des droits et libertés*, A.J.D.A., 2011, p. 958 à 963, p. 958.

¹⁰²⁸ Voir notamment VERPEAUX M., *Il est né le Défenseur des droits, à propos des lois du 29 mars 2011*, J.C.P., G., 2011, Doctrine, 502.

¹⁰²⁹ Prévus de manière incidente par les articles 2 et 16, alinéa 1^{er}, de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011, comme le constate Michel VERPEAUX dans son article précité.

¹⁰³⁰ Loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011, article 11, I.

La défense et la promotion de l'intérêt supérieur et des droits de l'enfant incombent désormais au Défenseur des Droits¹⁰³¹, assisté d'un adjoint, vice-président du collège spécialisé dans la défense et à la promotion des droits de l'enfant. L'appellation « Défenseur des enfants » est maintenue. La remise d'un rapport annuel à l'occasion de la journée internationale des droits de l'enfant, le 20 novembre, est conservée. Ce rapport est remis au Président de la République, au Président de l'Assemblée Nationale et au Président du Sénat. Il en va de même pour la procédure de réclamations, qui peut être enclenchée directement, par courrier ou en remplissant le formulaire de saisine en ligne, ou par l'intermédiaire de l'un des quatre cent cinquante délégués du Défenseur des droits ou des trente-deux Jeunes Ambassadeurs du Défenseur des droits auprès des Enfants. La procédure est ouverte aux mineurs, à leurs ayants droit, à leurs représentants légaux, et aux membres de leur famille, mais aussi aux représentants des services médicaux, des services sociaux ou, sous certaines conditions, des associations de défense des droits de l'enfant¹⁰³². Afin de veiller à ce que les droits de l'enfant, tels qu'ils sont énoncés par la Convention internationale des droits de l'enfant, soient respectés, il peut faire au Président de la République et au Parlement des propositions de réformes législatives, réglementaires ou de pratiques professionnelles pour en améliorer la mise en œuvre. Le Défenseur des enfants émet également des avis sur tous les projets de loi concernant les mineurs.

b. Le contrôle de l'application des lois par une commission sénatoriale

L'Assemblée nationale et le Sénat ont à leur disposition certains instruments de contrôle de l'action du Gouvernement. Les députés et les sénateurs posent régulièrement des questions, orales ou écrites, relatives à la publication des textes

¹⁰³¹ Mis en place par les lois organiques n° 2011-333 et n° 2011-334 du 29 mars 2011 (J.O.R.F. n° 75 du 30 mars 2011, p. 5497 et p. 5504, textes nos 1 et 2), en application de la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V^e République (J.O.R.F. n° 171 du 24 juillet 2008, p. 11890, texte n° 2). Son rôle est consacré par l'article 71-1 de la Constitution.

¹⁰³² Ces associations doivent être déclarées depuis au moins cinq ans à la date des faits et se proposer, par leurs statuts, de défendre les droits de l'enfant.

réglementaires d'application des lois. Les travaux des commissions permanentes portent régulièrement sur l'évaluation d'une législation particulière et de ses effets. En 1971, le Sénat met en place un dispositif de contrôle de la mise en application des lois, fondé sur le principe selon lequel chaque commission permanente assure le suivi de l'application des lois qu'elle a examinées. Ce suivi donne lieu à un bilan annuel, présenté à chaque commission. Le recensement technique et les appréciations politiques nés de ce contrôle sont débattus au sein de chaque commission. Un rapport annuel global, portant sur l'ensemble des lois adoptées au cours de l'année parlementaire, est publié et présenté à la Conférence des présidents.

La circulaire du Premier ministre du 29 février 2008 relative à l'application des lois¹⁰³³ définit une méthode et des règles communes tendant à améliorer l'état d'application des lois. Le 10 mars 2011, le Ministre chargé des relations avec le Parlement, Patrick OLLIER, annonce la création d'un Comité de suivi de l'application des lois. Le 16 novembre 2011, le Bureau du Sénat institutionnalise le contrôle de l'application des lois en décidant de créer une Commission sénatoriale pour le contrôle de l'application des lois, composée de 39 membres. Comme le précise le rapport de cette Commission pour l'année 2011-2012, le Secrétariat général du Gouvernement assure le suivi quotidien de l'application, la coordination et, éventuellement, la relance des administrations pour la rédaction des mesures réglementaires d'application¹⁰³⁴.

La Commission sénatoriale pour le contrôle de l'application des lois complète ce suivi par un travail de veille normative sur la publication des textes réglementaires et contrôle que chacune des dispositions adoptées par le législateur trouve son entière application. Au-delà des aspects quantitatifs du contrôle de la publication des textes réglementaires dans les meilleurs délais, la commission

¹⁰³³ J.O.R.F. n° 57 du 7 mars 2008, p. 4233, texte n° 3.

¹⁰³⁴ Cette affirmation découle de l'audition du 10 janvier 2012 du Secrétaire général du Gouvernement, Serge LASVIGNES, devant la Commission sénatoriale. Rapport d'information fait au nom de la Commission pour le contrôle de l'application des lois, n° 323, année 2011-2012, 1^{er} février 2012, disponible sur le site internet du Sénat : <http://www.senat.fr/notice-rapport/2011/r11-323-notice.html> pour le rapport, http://www.senat.fr/doctrav/rapports_annuels.html#application pour le bilan.

sénatoriale a également la mission, plus qualitative, d'informer le Sénat sur la mise en œuvre effective et concrète des lois, impliquant notamment des moyens institutionnels, financiers et humains.

2. Les recours administratifs

Les recours administratifs¹⁰³⁵ sont ouverts même sans texte¹⁰³⁶ et ont pour effet d'interrompre le délai de recours contentieux. Ils constituent une possibilité contester ou de se prévaloir des circulaires et des directives administratives d'une importance considérable. Les administrés peuvent demander à l'administration de reconsidérer une décision, en tenant compte des interprétations et explications contenues dans une circulaire ou une directive. En plus des cas où l'application de la circulaire ou de la directive est sollicitée, il est également possible de signaler à l'administration l'irrégularité du contenu de la circulaire ou de la directive.

En effet, un recours administratif peut être adressé à l'auteur d'une circulaire ou à son supérieur hiérarchique, qui disposent tous deux d'un pouvoir décisionnel très différent du pouvoir de juger. Comme l'explique Geneviève KOUBI, les recours administratifs « [font] appel à une instance décisionnelle dotée d'un pouvoir normatif et non à une instance indépendante disposant d'une fonction de jugement. Ainsi, l'autorité administrative dispose d'une palette d'arguments plus étendue puisqu'elle peut faire état de considérations d'opportunité, (...) légitimant et justifiant l'émission de l'acte fondé, explicitement ou implicitement, sur une circulaire ou de la circulaire elle-même »¹⁰³⁷.

Il est intéressant d'introduire un recours administratif à l'encontre d'une circulaire dans la mesure où l'autorité administrative à laquelle le recours est adressé ne peut le déclarer irrecevable, comme le ferait le juge de l'excès de pouvoir : « elle a reçu la demande de réformation ou de rectification, d'abrogation ou de retrait, elle ne peut donc ignorer l'existence de la contestation. Pour un recours administratif, aucun texte n'exige

¹⁰³⁵ Comme le démontre Geneviève KOUBI, *Les circulaires administratives*, Paris, Economica, Collection Corpus Essais, 2003, en particulier p. 351 à 356.

¹⁰³⁶ CE Sect. 10 juillet 1964, *Centre médico-pédagogique Beaulieu*, Rec. p. 399.

¹⁰³⁷ KOUBI G., *Les circulaires administratives*, Paris, Economica, Collection Corpus Essais, 2003, p. 354.

que l'acte, nécessairement administratif, soit pourvu d'une valeur juridique »¹⁰³⁸. L'autorité ne peut refuser de connaître de la contestation, aucun texte n'exige que l'acte fasse grief : il n'y a point d'irrecevabilité en la matière. Le fait de s'adresser à l'administration active permet de faire valoir des arguments qui ne pourraient pas être retenus par le juge. Les éléments développés par le réclamant et l'autorité administrative peuvent donc être plus variés et relever de considérations d'opportunité, qui ont influé lors de la prise de décision.

Dans ce contexte se développe une forme de dialogue entre l'administration et l'administré, souvent limité à un échange de lettre. La demande est susceptible d'aboutir à une acceptation pure et simple par l'administration, à une procédure de conciliation ou de transaction, à un rejet de la demande, explicite ou non. Le recours gracieux peut se transformer en recours hiérarchique si la demande de reconsidération d'une décision n'aboutit pas. Quoi qu'il en soit, une fois la décision administrative rendue, l'administré insatisfait peut se tourner vers le juge de l'excès de pouvoir, qui accepte de connaître ce recours contre la circulaire par le biais de la décision, qu'elle soit explicite ou implicite¹⁰³⁹.

B – Les effets des contrôles internes

Si le bilan du Défenseur des enfants, devenu adjoint au Défenseur des droits, est contrasté (1), l'efficacité du contrôle non contentieux de l'application des lois s'avère importante (2).

1. Le bilan contrasté du Défenseur des enfants

L'étude des rapports d'activité du Défenseur des enfants¹⁰⁴⁰ révèle un bilan globalement mitigé, dans la mesure où les recommandations émises sont loin d'être

¹⁰³⁸ KOUBI G., *op. cit.*, p. 354.

¹⁰³⁹ Pour reprendre l'exemple cité par Geneviève KOUBI (*op. cit.*, p. 356), CE 13 février 2002, *Syndicat national Force ouvrière des personnels de préfecture*, Rec. p. 37.

¹⁰⁴⁰ L'intégralité des rapports du Défenseur des enfants est disponible sur le site internet du Défenseur des enfants (toujours en ligne), rubrique « *Institution* », sous-rubrique « *Rapports d'activité* » : <http://www.defenseurdesenfants.fr/rapports.php>.

systématiquement suivies par les autorités publiques compétentes. L'adoption récente de certains textes législatifs constitue une avancée remarquable par le Défenseur des enfants et le Comité des droits de l'enfant des Nations Unies¹⁰⁴¹. Dans son rapport au Comité des droits de l'enfant des Nations Unies de décembre 2008, Dominique VERSINI se réfère ainsi à l'adoption de la loi pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées¹⁰⁴², et aux deux lois du 5 mars 2007, l'une réformant la protection de l'enfance¹⁰⁴³ et l'autre instituant le droit au logement opposable et portant diverses mesures en faveur de la cohésion sociale¹⁰⁴⁴. Ces mesures constituent un progrès en renforçant l'efficacité de la Convention internationale des droits de l'enfant en droit interne, notamment en ce que la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant est introduite dans la loi de protection de l'enfance du 5 mars 2007. Or, les lenteurs dans l'application concrète de ces dispositifs législatifs sont aussitôt dénoncées¹⁰⁴⁵.

De surcroît, le rapport du Défenseur des enfants au Comité des droits de l'enfant des Nations Unies de décembre 2008 souligne les difficultés liées à l'absence d'applicabilité directe de la majorité des stipulations de la Convention de New York. Dominique VERSINI estime que la reconnaissance de l'applicabilité directe de cette convention « *reste relativement restrictive et (...) fait l'objet d'interprétations parfois fluctuantes entre Conseil d'État et Cour de cassation* »¹⁰⁴⁶. La suite du rapport relève que la majorité des articles de la Convention est considérée comme dépourvue d'effet direct, ce qui affaiblit son efficacité. « *La poursuite de la mise en conformité de la législation nationale à la Convention est donc fondamentale pour améliorer la prise en compte*

¹⁰⁴¹ Rapport de la Défenseure des enfants au Comité des droits de l'enfant des Nations Unies de décembre 2008, p. 5.

¹⁰⁴² Loi n° 2005-102, du 11 février 2005, pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, J.O.R.F. n° 36 du 12 février 2005, p. 2353, texte n° 1.

¹⁰⁴³ Loi n° 2007-293, du 5 mars 2007, réformant la protection de l'enfance, J.O.R.F. n° 55 du 6 mars 2007, p. 4215, texte n° 7.

¹⁰⁴⁴ Loi n° 2007-290, du 5 mars 2007, instituant un droit au logement opposable et portant diverses mesures en faveur de la cohésion sociale, J.O.R.F. n° 55 du 6 mars 2007, p. 4190, texte n° 4.

¹⁰⁴⁵ Rapport de la Défenseure des enfants au Comité des droits de l'enfant des Nations Unies de décembre 2008, p. 5.

des droits de l'enfant dans l'ordre juridique français »¹⁰⁴⁷. Selon les termes mêmes du rapport, cette question est d'autant plus importante que certains dispositifs législatifs paraissent « *avoir constitué des brèches sévères* » quant au respect des droits fondamentaux des enfants¹⁰⁴⁸. Dominique VERSINI fait explicitement référence au projet de loi renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs¹⁰⁴⁹ ainsi qu'au projet de loi relatif à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile¹⁰⁵⁰. Dans un avis du 26 juin 2007 portant sur le projet de loi renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs¹⁰⁵¹, le Défenseur des enfants rappelle les exigences de la Convention internationale pour les droits de l'enfant en matière de justice des mineurs¹⁰⁵² et les recommandations du Comité des droits de l'enfant des Nations Unies¹⁰⁵³, avant de formuler trois séries d'observations visant à concilier les impératifs liés à la Convention pour les droits de l'enfant et les dispositions du projet

¹⁰⁴⁶ Rapport de la Défenseure des enfants au Comité des droits de l'enfant des Nations Unies de décembre 2008, p. 7. Le Défenseur des enfants précise que la jurisprudence n'est pas fixée sur l'applicabilité des certains articles, notamment les articles 2, 4 et 16, et qu'une divergence subsiste entre le juge administratif et le juge judiciaire quant à l'applicabilité directe de l'article 12 alinéa 1^{er}.

¹⁰⁴⁷ Rapport de la Défenseure des enfants au Comité des droits de l'enfant des Nations Unies de décembre 2008, p. 7.

¹⁰⁴⁸ Rapport de la Défenseure des enfants au Comité des droits de l'enfant des Nations Unies de décembre 2008, p. 7.

¹⁰⁴⁹ Devenu la loi n° 2007-1198 du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs, J.O.R.F. n° 185 du 11 août 2007, p. 13466, texte n° 1. Le dossier législatif est notamment disponible sur le site du Sénat, <http://www.senat.fr/dossier-legislatif/pjl06-333.html>.

¹⁰⁵⁰ Devenu la loi n° 2007-1631 du 20 novembre 2007 relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile, J.O.R.F. n° 270 du 21 novembre 2007, p. 18993, texte n° 1. Le dossier législatif est notamment disponible sur le site du Sénat, <http://www.senat.fr/dossier-legislatif/pjl06-461.html>.

¹⁰⁵¹ Avis de la Défenseure des enfants relatif au projet de loi renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs du 26 juin 2007, disponible sur le site internet du Défenseur des enfants : <http://www.defenseurdesenfants.fr/avis.php#Avis%20du%2026%20juin%202007>.

¹⁰⁵² En particulier certaines stipulations des articles 37 et 40, en soulignant que « *l'arrestation, la détention, l'emprisonnement doit être en conformité avec la loi, n'être qu'une mesure de dernier ressort et être d'une durée aussi brève que possible* », et en insistant sur « *la nécessité de faciliter la réintégration de l'enfant dans la société et de lui faire assumer un rôle constructif au sein de celle-ci* ».

¹⁰⁵³ Dans l'avis du 26 juin 2007, Dominique VERSINI explique que, selon le Comité, les enfants en conflit avec la loi, en particulier en situation de récidive, ont droit à un traitement de nature à favoriser leur réinsertion dans la société. Il souligne également que « *l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale dans toutes les décisions prises au titre de l'administration de la justice pour mineurs. Les enfants diffèrent des adultes par leur degré de développement physique et psychologique, ainsi que par leurs besoins affectifs et éducatifs. Ces différences constituent le fondement de la responsabilité atténuée des enfants en conflit avec la loi. Ces différences, et d'autres, justifient l'existence d'un système distinct de justice pour mineurs et requièrent un traitement différencié pour les enfants* ».

de loi¹⁰⁵⁴. La conclusion de l'avis revient sur certains points des précédentes recommandations du Comité des Nations Unies pour les droits de l'enfant¹⁰⁵⁵ et soulève le risque de faire l'objet de nouvelles critiques à l'occasion du prochain rapport. Dans un avis du 7 septembre 2007, formulé à propos du projet de loi relatif à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile¹⁰⁵⁶, Dominique VERSINI explique notamment que les dispositions relatives aux conditions du regroupement familial paraissent contraires à « *l'intérêt supérieur de l'enfant* » et incompatibles avec l'article 9 de la Convention qui prévoit qu'il incombe aux États « *de veiller à ce qu'aucun enfant ne soit séparé de ses parents contre son gré* ». Force est de constater que ces avis n'ont pas été suivis par le législateur.

Dans un communiqué de presse en date du 24 avril 2011, Dominique VERSINI dresse un dernier bilan global de son activité de 2006 à 2011¹⁰⁵⁷. Le bilan de l'activité de recommandations législatives, réglementaires et de politiques publiques montre que les pouvoirs publics ont accepté de reprendre quelques suggestions relatives à la vie quotidienne des enfants ou aux nouvelles

¹⁰⁵⁴ En premier lieu, Dominique VERSINI estime que les mesures éducatives et les sanctions éducatives, prononcées pour des faits d'une moindre gravité, ne devraient pas constituer le premier terme pour retenir la récidive légale à l'encontre d'un mineur. En deuxième lieu, le projet de loi crée également la notion de deuxième récidive, laquelle ne peut être sanctionnée, pour certains crimes et certains délits, que par une peine de réclusion ou de détention dans le premier cas et d'emprisonnement dans le deuxième cas, assorties d'un seuil plancher. La Cour d'assises ou le tribunal ne pourront prononcer une peine inférieure à celui-ci qu'en motivant spécialement leur décision sur la base de garanties exceptionnelles d'insertion ou de réinsertion. Le Défenseur des enfants remarque que cette motivation spéciale apparaît particulièrement difficile à satisfaire pour des mineurs de 16 à 18 ans, pour lesquels il faut tenir compte – conformément à la Convention – des circonstances de fait et de la personnalité du mineur, même en situation de deuxième récidive. Il conviendrait donc de retenir les critères des circonstances de fait, de la personnalité de l'auteur ou de garanties d'insertion ou de réinsertion présentées par le mineur. En troisième et dernier lieu, concernant l'excuse atténuante de minorité pour certains crimes et délits commis en deuxième récidive, il est suggéré de maintenir les dispositions existantes à l'époque, qui permettaient au juge, dans des situations qu'il déterminait lui-même, d'écarter l'excuse atténuante de minorité en fonction de la gravité des faits ou de la personnalité du mineur.

¹⁰⁵⁵ « *L'évolution récente de la législation française favorise la répression au détriment des mesures éducatives (...). La France doit ne considérer la détention des mineurs que comme une solution de dernier recours et pour la période de temps la plus courte* ».

¹⁰⁵⁶ Avis de la Défenseure des enfants relatif au relatif à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile du 7 septembre 2007, disponible sur le site internet du Défenseur des enfants : <http://www.defenseurdesenfants.fr/avis.php#Avis%20du%2007%20septembre%202007>.

¹⁰⁵⁷ Ce communiqué est disponible sur le site internet du Défenseur des enfants, <http://www.defenseurdesenfants.fr/communiquedepresseAll.php?year=2011&wc=0>.

configurations familiales¹⁰⁵⁸. En revanche, le Défenseur des enfants remarque que certaines des recommandations du Comité des droits de l'enfant des Nations Unies de juin 2009 ne sont pas suivies : les pouvoirs publics n'ont pas donné suite aux recommandations sur les priorités permettant d'atteindre l'objectif de réduction de 30 % de la pauvreté pour l'année 2012¹⁰⁵⁹, et la loi sur la protection de l'enfance n'a pas été soutenue par les services de l'État dans son application¹⁰⁶⁰. De surcroît, Dominique VERSINI souligne que « *force est de constater que les pouvoirs publics ont rejeté toutes les recommandations de la Défenseure des enfants qui pouvaient être un frein aux objectifs de réformes restrictives dans les domaines régaliens (immigration, justice des mineurs)* ».

2. L'amélioration effective du « taux d'application des lois »

Selon les chiffres du *Rapport d'information de la Commission pour le contrôle de l'application des lois* du 1^{er} février 2012¹⁰⁶¹, 202 lois ont été promulguées au cours de la XIII^e législature (2007-2012), au 31 décembre 2011, en-dehors des lois portant approbation de conventions et accords internationaux et hors lois constitutionnelles. Parmi ces 202 lois, il est possible d'identifier 71 lois d'application directe et 131 lois nécessitant un suivi réglementaire. Sur ces dernières, 77 lois (soit 59 %) ont été totalement mises en application, 49 lois (soit 37 %) n'ont été que partiellement mises en application, tandis que 4 lois (soit 3 %) n'étaient pas du tout mises en application et qu'une loi a vu son application différée. Au cours de la seule session parlementaire ordinaire du 1^{er} octobre 2010 au 30 juin 2011, 48 lois sont adoptées définitivement (en

¹⁰⁵⁸ Tel sont notamment les cas de la recommandation (2006) de mettre en place un statut des tiers partageant la vie d'un enfant, reprise sous forme de projet de loi, mais bloqué à l'Assemblée nationale ; et de la recommandation (2007) de développer les Maisons des adolescents dans tous les départements ainsi que des équipes mobiles de pédopsychiatrie, reprise dans le Plan santé jeunes 2008 du ministre de la Santé.

¹⁰⁵⁹ Le communiqué de presse dénonce une « *absence de volonté politique de développer des logements sociaux et très sociaux (il manque 600.000 logements) [rendant] inapplicable le droit au logement opposable (mars 2007) qui a été une très grande avancée législative* ».

¹⁰⁶⁰ Ce qui, selon Dominique VERSINI, augmente les risques de placements d'enfants à l'Aide Sociale à l'Enfance des enfants de familles précaires.

¹⁰⁶¹ ASSOULINE D., *Rapport d'information fait au nom de la Commission pour le contrôle de l'application des lois*, n° 323, année 2011-2012, 1^{er} février 2012, disponible sur le site internet du Sénat : <http://www.senat.fr/notice-rapport/2011/r11-323-notice.html> pour le rapport d'information, http://www.senat.fr/doctrav/rapports_annuels.html#application pour le bilan.

excluant celles portant approbation de conventions et accords internationaux), soit 11 textes législatifs de moins qu'en 2009-2010 (59 lois). Sur ces 48 lois, il y a 15 lois d'application directe et 33 lois prescrivant un suivi réglementaire. Afin de mener à bien ce suivi réglementaire, 540 mesures ont été prévues, alors qu'elles étaient au nombre de 670 en 2009-2010, 615 en 2008-2009, 395 en 2007-2008, 548 en 2006-2007, et 699 en 2003-2004.

Or, au 31 décembre 2011, 8 lois (24 %) sont totalement mises en application, par la publication de l'intégralité des mesures réglementaires prévues à cet effet¹⁰⁶², 21 lois (64 %) sont partiellement mises en application, 4 lois (12 %) n'ont reçu aucun des textes réglementaires d'application sur la vingtaine prévue. Au total, 346 mesures réglementaires sur les 540 prévues sont publiées, soit un taux d'application de 64 %. Au 31 décembre 2010, ce taux était de 20 %. « *En réalité, l'importance de l'écart entre ces deux taux n'est pas aussi positif qu'il paraît car il doit être apprécié en prenant en considération, d'une part, le faible volume de suivi requis par les lois adoptées définitivement du 1er avril au 30 juin 2011 (170 mesures), soit 31 % du total de l'année et, d'autre part, surtout, le fait que, cette année, pour la première fois, afin de ne mesurer le nombre de mesures réglementaires prises qu'à l'expiration du délai de six mois que s'impose à lui-même le Gouvernement, la période retenue comprend trois mois de moins pour les lois promulguées retenues et trois mois de plus pour les mesures réglementaires prises* »¹⁰⁶³. Il reste à préciser qu'afin de combler des retards importants, 21 lois promulguées antérieurement à l'année parlementaire 2010-2011¹⁰⁶⁴ ont été pleinement mises en application ; cinq d'entre elles ont été mises en application par défaut, c'est-à-dire du fait de l'obsolescence des mesures attendues et non par une mise en œuvre « active ».

Il est nécessaire de souligner que ces résultats s'inscrivent dans un contexte plus large témoignant d'une volonté politique d'accélérer la publication des textes réglementaires d'application des lois. Ainsi, l'article 67 de la loi du 9 décembre 2004

¹⁰⁶² Le rapport précise qu'il s'agit de textes pour lesquels peu de mesures réglementaires d'application sont nécessaires, entre une et six par loi.

¹⁰⁶³ ASSOULINE D., *Rapport d'information fait au nom de la Commission pour le contrôle de l'application des lois*, précité, p. 11.

¹⁰⁶⁴ La plus ancienne est la loi n° 2001-1276 du 28 décembre 2000 de finances rectificative pour 2001, J.O.R.F. n° 302 du 29 décembre 2000, p. 21133, texte n° 2.

de simplification du droit dispose qu'« à l'issue d'un délai de six mois suivant la date d'entrée en vigueur d'une loi, le Gouvernement présente au Parlement un rapport sur la mise en application de cette loi »¹⁰⁶⁵. Dans ce rapport figurent les textes réglementaires publiés et les circulaires édictées pour la mise en œuvre de la loi ainsi que, le cas échéant, les dispositions de celle-ci qui n'ont pas fait l'objet des textes d'application nécessaires. Le rapport indique les motifs justifiant l'absence de ces actes d'application. De plus, une circulaire du Premier ministre datée du 29 février 2008¹⁰⁶⁶ rappelle l'objectif consistant à prendre toutes les mesures réglementaires nécessaires dans un délai de six mois suivant la publication de la loi et décrit l'application des lois comme une obligation de résultat pesant sur le Gouvernement. La circulaire impose également une méthode détaillée visant à atteindre les buts visés¹⁰⁶⁷.

En conclusion, de nombreux mécanismes de contrôle non contentieux contribuent de manière importante à la concrétisation des normes non directement applicables. Ces mécanismes constituent ainsi de véritables techniques de développement de la force contraignante des normes non directement applicables. Si leur efficacité concrète reste globalement variable, les résultats obtenus sont réels et loin d'être négligeables. De surcroît, les mécanismes de contrôle non contentieux connaissent un essor considérable, comme en témoignent, par exemple, la création récente de la Commission pour le contrôle de l'application des lois ou de procédures de communications individuelles et interétatiques ouvertes devant le Comité des

¹⁰⁶⁵ Loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004 de simplification du droit, J.O.R.F. n° 287 du 10 décembre 2004, p. 20857, texte n° 1.

¹⁰⁶⁶ Circulaire du 29 février 2008 relative à l'application des lois, J.O.R.F. n° 57 du 7 mars 2008, p. 4233, texte n° 3.

¹⁰⁶⁷ Cette méthode consiste tout d'abord en la création, au sein de chaque ministère, d'une structure responsable de la coordination du travail de mise en application des lois, chargée d'assurer un suivi centralisé de la mise en application des lois et des éventuelles difficultés, afin d'en rendre compte au cabinet du Premier ministre et au Secrétariat général du Gouvernement. Une réunion interministérielle est organisée après l'adoption d'une loi, pour déterminer le ministère responsable de la préparation de chaque décret et pour arrêter un échéancier prévisionnel (transmis par le Premier ministre aux assemblées parlementaires). Il est expressément demandé à chaque membre du Gouvernement de répondre rapidement après saisine d'un projet de décret par le ministre rapporteur. Enfin, un bilan de la mise en application des lois est dressé tous les six mois, ministère par ministère. Il est adressé au Parlement, remis à la presse et mis en ligne sur internet.

droits économiques, sociaux et culturels¹⁰⁶⁸, et devant le Comité des droits de l'enfant¹⁰⁶⁹.

Section II : Les mécanismes de contrôle contentieux, techniques limitées à certaines normes non directement applicables

De par leur nature même, les normes non directement applicables connaissent une dissymétrie remarquable entre les deux aspects traditionnellement attachés à toute règle juridique que sont la normativité et la justiciabilité. Le décalage résulte des difficultés d'invocation des normes non directement applicables en justice. En principe, devant le juge administratif, les normes non directement applicable ne sauraient utilement être invoquées par le requérant. Le moyen fondé sur la violation des dispositions d'une norme non directement applicable est en général rejeté comme inopérant. Ce constat traduit en termes contentieux la spécificité des normes non directement applicables : l'application directe aux autorités publiques se manifeste par l'existence de moyens de sanction de la carence, et l'absence d'application directe aux individus s'exprime par leur difficile invocabilité. Par conséquent, les seuls contrôles juridictionnels contribuant utilement à la concrétisation des normes non directement applicables sont ceux visant à sanctionner la carence des autorités normatives chargées de les appliquer¹⁰⁷⁰.

Il est possible de distinguer deux principales hypothèses dans le cadre desquelles le respect des obligations de concrétisation des normes non directement applicables peut être juridictionnellement contrôlé. En premier lieu, certaines procédures spécifiques visent à sanctionner la violation des obligations de transposition des directives européennes et d'exercice du pouvoir réglementaire

¹⁰⁶⁸ Le 10 décembre 2008, l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies adopte le Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels par la Résolution A/RES/63/117, précitée.

¹⁰⁶⁹ Le 19 décembre 2011, l'Assemblée générale de l'O.N.U. adopte un protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 par la Résolution A/RES/66/138, précitée. Ce protocole est ouvert à la signature depuis le 28 février 2012.

¹⁰⁷⁰ L'invocabilité des normes non directement applicables est un problème complexe qui fait l'objet de la seconde partie de la présente étude.

d'application des textes (Paragraphe I). En second lieu, il est possible que la sanction d'une carence des autorités normatives intervienne dans le cadre de procédures générales dont ce n'est pas le but premier. Tel est notamment le cas du contrôle de l'exécution des normes non directement applicables de valeur constitutionnelle (Paragraphe II).

Paragraphe I : Les contrôles juridictionnels spécifiques de la transposition et de l'application de certaines normes non directement applicables

L'étude de la force obligatoire des normes non directement applicables a permis d'identifier deux opérations particulières qui incombent aux autorités publiques. Aux obligations de transposition des directives européennes (A) et d'exercice du pouvoir réglementaire d'application des textes (B) correspondent des sanctions spécifiques.

A - Les contrôles de la transposition et de l'application des directives européennes

L'intégration des dispositions des directives en droit interne n'est pleinement réalisée qu'une fois que les opérations de transposition (1), puis d'application (2) sont exécutées par l'ensemble des États membres. Ces opérations sont soumises au contrôle et à l'encadrement de la Cour de justice, garante d'une application harmonieuse du droit de l'Union européenne, et à celui du juge national.

1. Le développement des contrôles de l'obligation de transposition

Les directives européennes interviennent dans deux ordonnancements juridiques distincts et contribuent à en assurer la liaison. L'obligation de transposition qui en découle réside sur un double fondement, ce qui a pour conséquence sa soumission à un double degré de contrôle. Ainsi coexistent des mécanismes de sanction internes (b) et européens (a).

a. Les contraintes européennes

Le système juridique de l'Union européenne a progressivement mis en place un ensemble complet et sophistiqué de procédures permettant de contrôler la transcription en droit national des directives. Ces procédures ont pour objet de sanctionner les manquements aux obligations de transposition et de mise en œuvre des directives, mais ont surtout pour effet d'assurer l'effectivité du droit de l'Union européenne. Des procédures non contentieuses (α) complètent les moyens de contrôle contentieux de la transposition des directives européennes (β).

α – Les procédures de contrôle non contentieuses

Les directives européennes prévoient dans leurs dispositions des procédures de contrôle non contentieuses, qui consistent essentiellement en la communication de projets de réglementation particuliers. L'existence de ces mécanismes spécifiques n'a pas pour effet de faire obstacle à la mise en œuvre pouvoirs généraux de contrôle à la disposition de la Commission¹⁰⁷¹. Les obligations d'information de la Commission, qui peuvent intervenir avant (transmission des projets de réglementation) ou après la transposition (notification des mesures nationales de transposition), procèdent des mêmes logiques. La violation par un État membre de l'obligation d'information de la Commission sur les mesures d'application d'une directive constitue, en elle-même, un manquement. Le défaut de communication engage la responsabilité de l'État membre défaillant au titre d'un manquement à l'obligation d'information, qui n'est pas directement fondée sur le texte de la directive à transposer, mais sur la combinaison des articles 4 paragraphe 3¹⁰⁷² et 17 paragraphe 1^{er}¹⁰⁷³ du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne¹⁰⁷⁴.

¹⁰⁷¹ CJCE 24 janvier 1995, *Commission c. Pays-Bas*, C-359/93, Rec., I, p. 157 ; Europe, comm. 94, F. GAZIN et D. SIMON.

¹⁰⁷² « En vertu du principe de coopération loyale, l'Union et les États membres se respectent et s'assistent mutuellement dans l'accomplissement des missions découlant des traités. Les États membres prennent toute mesure générale ou particulière propre à assurer l'exécution des obligations découlant des traités ou résultant des actes des institutions de l'Union. Les États membres facilitent l'accomplissement par l'Union de sa mission et s'abstiennent de toute mesure susceptible de mettre en péril la réalisation des objectifs de l'Union ».

La préférence donnée à cette base juridique s'explique par la possibilité offerte à la Commission de solliciter des autorités étatiques toute information utile à l'exercice de son contrôle, et donc d'aller au-delà de l'obligation expressément mentionnée dans la lettre de la directive elle-même. Selon la Cour de justice, ces articles des traités relatifs, respectivement, à l'effet obligatoire des directives et à l'obligation subsidiaire déduite du principe de coopération loyale¹⁰⁷⁵, servent de justification principale aux dispositions des directives européennes imposant une obligation d'information de la Commission¹⁰⁷⁶. Il est important de souligner que la violation de cette obligation d'information est constitutive d'une faute indépendante de l'obligation de transposition : une procédure en constatation de manquement peut être introduite sur le fondement de l'obligation d'information, alors même que l'État a correctement transposé la directive par ailleurs¹⁰⁷⁷.

En dehors de ces hypothèses spécifiques, il existe des phases précontentieuses du recours en constatation de manquement, dont le but principal est d'amener les États membres à remplir leurs obligations de transposition et d'application en évitant l'engagement d'une procédure contentieuse. La première phase de la procédure est informelle et débute par une détermination des violations qui relève de la compétence de la Commission. Cette phase peut être déclenchée

¹⁰⁷³ « La Commission promeut l'intérêt général de l'Union et prend les initiatives appropriées à cette fin. Elle veille à l'application des traités ainsi que des mesures adoptées par les institutions en vertu de ceux-ci. Elle surveille l'application du droit de l'Union sous le contrôle de la Cour de justice de l'Union européenne. Elle exécute le budget et gère les programmes. Elle exerce des fonctions de coordination, d'exécution et de gestion conformément aux conditions prévues par les traités. À l'exception de la politique étrangère et de sécurité commune et des autres cas prévus par les traités, elle assure la représentation extérieure de l'Union. Elle prend les initiatives de la programmation annuelle et pluriannuelle de l'Union pour parvenir à des accords interinstitutionnels ».

¹⁰⁷⁴ Avant l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, l'obligation d'information se fondait sur la combinaison des articles 211 et 10 alinéa 1^{er} du Traité instituant la Communauté européenne.

¹⁰⁷⁵ CJCE 19 février 1991, *Commission c. Belgique*, C-374/89, Rec., I, p. 375 ; J.D.I., 1992, p. 419, obs. D. SIMON.

¹⁰⁷⁶ CJCE 28 mars 1985, *Commission c. Italie*, 274/83, Rec. p. 1077, point 42 p. 1095 : « Les États membres sont tenus, en vertu de l'article 5 du traité CEE, de faciliter à la Commission l'accomplissement de sa mission consistant, notamment, selon l'article 155 du traité CEE, à veiller à l'application des dispositions du traité, ainsi que des dispositions prises par les institutions en vertu de celui-ci. C'est à ces fins que la directive en question, à l'instar d'autres directives, impose aux États membres, dans son article 33, une obligation d'information. ». Voir également, CJCE 25 mai 1982, *Commission c. Pays-Bas*, 96/81, Rec. p. 1791, point 6 p. 1803.

¹⁰⁷⁷ CJCE 14 octobre 1992, *Commission c. Grèce*, C-65/91, Rec., I, p. 5245 ; J.D.I., 1993, p. 395, obs. D. SIMON.

suite à une plainte enregistrée par son Secrétariat général¹⁰⁷⁸, à certaines observations découlant de son activité de surveillance permanente, ou encore suite à un contrôle sectoriel ou conjoncturel précis. La Commission prend contact de manière informelle avec les autorités nationales (par l'intermédiaire des représentations permanentes) au moyen d'une « *lettre pré-258* », à laquelle ces dernières peuvent répondre dans un délai déterminé (variant de 10 à 60 jours). Le dialogue ainsi engagé permet d'éliminer un nombre élevé de manquements potentiels.

La procédure officieuse est désormais formalisée par l'organisation de « *réunions-paquets* » se tenant entre les représentations permanentes, les administrations nationales concernées et la Commission, et ayant pour but de trouver une solution amiable. En cas d'échec, la phase précontentieuse officielle débute par l'envoi d'une mise en demeure à l'État. Cette lettre établit la liste des violations et donne un délai aux autorités nationales pour présenter leurs observations. Si le dialogue avec les autorités nationales concernées n'aboutit pas, la Commission prend un avis motivé comprenant la liste des infractions et fixant un délai pour y remédier. Au terme de ce délai – que la Commission a la faculté de proroger –, la Cour de justice peut être saisie à condition que l'État n'ait pas mis fin au manquement. L'efficacité de ces procédures précontentieuses est démontrée par le faible taux d'affaires débouchant sur une saisine de la Cour de Luxembourg. La majorité des violations sont régularisées au cours de ces phases précontentieuses, notamment les retards d'exécution des directives¹⁰⁷⁹.

¹⁰⁷⁸ Les plaintes font l'objet d'une importante et constante augmentation, comme le relèvent de nombreux auteurs, tels que Denys SIMON et Anne RIGAUX, *Les contraintes de la transcription en droit français des directives communautaires : le secteur de l'environnement*, R.J.E., 1991, p. 269 à 332, p. 318. Une rapide étude des rapports annuels de la Commission sur le contrôle de l'application du droit de l'Union européenne confirme cette tendance.

¹⁰⁷⁹ SIMON D., *Jurisqueur Europe*, Fascicule 380, « *Recours juridictionnels* », 2002, paragraphe 90 : par exemple, pour l'année 1999, la Commission a émis 1075 mises en demeure, 460 avis motivés, et la Cour de Justice a été saisie à seulement 178 reprises. L'annexe statistique du 25^e rapport annuel de la Commission sur le contrôle de l'application du droit de l'Union européenne [COM(2008)777] fait état, pour l'ensemble des 27 États membres, de 3408 cas examinés, 2132 mises en demeure, 957 avis motivés, et 355 saisines de la Cour de Justice.

β – La procédure juridictionnelle du recours en constatation de manquement

Le recours en constatation de manquement¹⁰⁸⁰ est, dès l'origine, conçu comme « l'ultima ratio permettant de faire prévaloir les intérêts communautaires consacrés par les traités contre l'inertie et la résistance des États membres »¹⁰⁸¹ et a pour but « d'aboutir à l'élimination effective des manquements et de leurs conséquences passées ou futures »¹⁰⁸². Le manquement est constitué par le non respect d'une norme européenne originaire ou dérivée et est une notion entendue de manière extensive par la Cour de justice. S'agissant des directives européennes, le manquement peut principalement être constitué par une violation de l'obligation de résultat, par une violation des obligations formelles de transposition de la directive, ou par une violation des obligations figurant dans le texte de la directive. Ce contrôle s'étend donc aux opérations de transposition et de mise en œuvre. Son but étant de vérifier que les États membres n'outrepassent pas les marges de leur liberté d'appréciation, les exigences de la Cour varient en fonction du degré de précision de chaque directive.

La Commission dispose du pouvoir discrétionnaire de saisir de la Cour de justice et peut choisir le moment de cette saisine. En revanche, la Cour se montre particulièrement rigoureuse quant au respect des droits de la défense de l'État membre en cause. Le manquement se caractérise par une action positive ou une carence de l'État membre. De manière spécifique aux directives européennes, la méconnaissance des délais de transposition suffit à constituer un manquement. Il est intéressant de constater que la régularisation de la violation postérieurement à la saisine ne fait pas disparaître l'intérêt de la constatation judiciaire. En revanche, l'intérêt à agir de la Commission n'est en principe plus présumé et doit être prouvé¹⁰⁸³. Cette situation peut être expliquée par plusieurs causes. Il est ainsi possible que la Commission souhaite qu'une divergence d'interprétation du droit de l'Union européenne soit tranchée, et que cette solution soit revêtue de l'autorité de la

¹⁰⁸⁰ Des articles 259 et 260 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

¹⁰⁸¹ CJCE 15 juillet 1960, *Gouvernement du Royaume des Pays-Bas c. Haute Autorité de la Communauté européenne du charbon et de l'acier*, 25/59, Rec. p. 727, p. 761.

¹⁰⁸² CJCE 12 juillet 1973, *Commission c. Allemagne*, 70/72, Rec. p. 813, Somm. point 1, p. 813.

¹⁰⁸³ CJCE 9 juillet 1970, *Commission c. France*, 26/69, Rec. p. 565.

chose jugée¹⁰⁸⁴. De plus, cette position jurisprudentielle peut également se justifier par le souci de la Cour d'éviter certaines manœuvres dilatoires des États. Mais l'utilité la plus évidente d'une telle situation réside dans « *l'intérêt matériel* » de l'arrêt : celui-ci peut en effet servir à établir la base d'une responsabilité de l'État du fait des conséquences de son manquement à l'égard de l'Union, des États membres ou des individus, et peut éventuellement fonder une action en réparation devant les juridictions nationales¹⁰⁸⁵.

L'arrêt rendu par la Cour de justice a un caractère déclaratoire et fait naître une obligation d'exécution fondée sur l'article 260 alinéa 1^{er} du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. En principe, la Cour se borne à constater la violation du droit de l'Union européenne, ne dispose pas d'un pouvoir d'injonction, et s'abstient d'indiquer à l'État les opérations à entreprendre pour éliminer le manquement. Cependant, la Cour a parfois assoupli son refus en détaillant ses motifs. Elle a par exemple pu profiter d'un renvoi préjudiciel relatif à un arrêt constatant un manquement pour en préciser les effets concrets¹⁰⁸⁶. Cette attitude, ajoutée à la rigidité des conditions de délai d'élimination du manquement, révèle la tendance de la Cour à encadrer l'exécution des arrêts. Cependant, les cas d'inexécution ont connu une importante augmentation, relevée par la Commission dans ses « *Rapports sur le contrôle de l'application du droit européen* » présentés chaque année au Parlement. Cette dérive est à l'origine de la modification de l'article 171 du Traité de Rome par l'article 228 du T.C.E. résultant de l'adoption du Traité d'Amsterdam¹⁰⁸⁷. La nouvelle formulation de l'article 260 du T.F.U.E.¹⁰⁸⁸ prévoit qu'après une procédure précontentieuse la Cour peut prononcer des sanctions

¹⁰⁸⁴ CJCE 19 décembre 1961, *Commission c. Italie*, 7/61, Rec. p. 633.

¹⁰⁸⁵ Par exemple, CE Ass. 23 mars 1984, *Ministre du commerce extérieur c. Société Alivar*, Rec., p. 127, A.J.D.A., p. 396, note B. GENEVOIS.

¹⁰⁸⁶ CJCE 6 mai 1980, *Commission c. Belgique*, 102/79, Rec. p. 1473 ; CJCE 14 décembre 1982, *Waterkeyn*, aff. jointes 314, 316/81 et 3/82, Rec. p. 4337.

¹⁰⁸⁷ Dont l'alinéa 1^{er} se contente de préciser que « *si la Cour de justice reconnaît qu'un État membre a manqué à une des obligations qui lui incombent en vertu du présent traité, cet État est tenu de prendre les mesures que comporte l'exécution de l'arrêt de la Cour* ».

¹⁰⁸⁸ Qui reprend l'ajout opéré par le Traité d'Amsterdam : « *si la Cour reconnaît que l'État membre concerné ne s'est pas conformé à son arrêt, elle peut lui infliger le paiement d'une somme forfaitaire ou d'une astreinte* »

pécuniaires à l'encontre de l'État récalcitrant, sous la forme d'amendes ou d'astreintes. Le dispositif semble avoir montré son efficacité dans la mesure où la plupart des États membres régularisent la situation avant que la Cour ne se soit prononcée.

b. Les contrôles internes spécifiques à la transposition des directives européennes

L'obligation de transposition des directives européennes connaît également un fondement juridique interne, jetant les bases des développements récents de mécanismes de contrôle des lois de transposition (α) et des actes réglementaires de transposition (β).

α – Le développement du contrôle des lois de transposition

Le contrôle des lois de transposition résulte de l'effet combiné de l'ajout de l'article 88-1 au texte constitutionnel et de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Jusqu'à sa célèbre décision *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*¹⁰⁸⁹, le Conseil, saisi sur le fondement de l'article 61 de la Constitution, se contentait de vérifier que la loi portant transposition d'une directive respecte les règles constitutionnelles, comme toute autre loi ordinaire. Dans le cadre d'une décision rendue en mars 2006, il précise qu'« il n'appartient pas au Conseil constitutionnel lorsqu'il est saisi en application de l'article 61 de la Constitution, d'examiner la compatibilité d'une loi avec les dispositions d'une directive communautaire qu'elle n'a pas pour objet de transposer en droit interne »¹⁰⁹⁰. Le Conseil constitutionnel arrête un raisonnement et une formule définitifs en juillet 2006¹⁰⁹¹. *A contrario*, une loi transposant une directive européenne est soumise au contrôle de compatibilité du Conseil, sur le fondement de l'exigence constitutionnelle de transposition des

¹⁰⁸⁹ CC n° 2004-496 DC, 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, Rec. p. 101.

¹⁰⁹⁰ CC n° 2006-535 DC, 30 mars 2006, *Loi pour l'égalité des chances*, Rec. p. 50, considérant 28, p. 57.

¹⁰⁹¹ CC n° 2006-540 DC, 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, Rec. p. 88, considérants 17 à 20, p. 92.

directives issue de l'article 88-1 de la Constitution¹⁰⁹². Ce contrôle peut déboucher sur une censure des dispositions de la loi manifestement incompatibles avec les objectifs de la directive qu'elle entend transposer. Tel était par exemple le cas de la loi relative au secteur de l'énergie¹⁰⁹³. Mais l'intensité du contrôle se limite à la censure de l'incompatibilité manifeste¹⁰⁹⁴, ce que le Conseil constitutionnel explique de la manière suivante : « *devant statuer avant la promulgation de la loi dans le délai prévu par l'article 61 de la Constitution, il ne peut saisir la Cour de justice des Communautés européennes de la question préjudicielle prévue par l'article 234 du traité instituant la CE* »¹⁰⁹⁵.

En outre, la possibilité de ce contrôle est mise en échec si la transposition va 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* »¹⁰⁹⁶. La notion d'identité constitutionnelle de la France est entendue de manière restrictive et est composée des normes de valeur constitutionnelle étrangères à l'ordre juridique de l'Union européenne¹⁰⁹⁷. De plus, à l'occasion de sa décision *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*¹⁰⁹⁸, le Conseil constitutionnel opère un contrôle de l'incompétence négative du législateur qui, à l'occasion de la transposition d'une directive européenne, a renvoyé au pouvoir réglementaire le soin de fixer la liste de certaines informations. Mais le Conseil va encore plus loin dans sa prise en compte des objectifs fixés par les directives 90/219/CE et 2001/18/CE, en reportant au 1^{er} janvier 2009 les effets de la déclaration d'inconstitutionnalité¹⁰⁹⁹. Cette décision n'est manifestement pas sans rapport avec la circonstance que la France était, au moment même où le Conseil statuait, soumise à une procédure de recours en constatation de manquement.

¹⁰⁹² CC n° 2006-540 DC, précitée, considérant 18, p. 92.

¹⁰⁹³ CC n° 2006-543 DC, 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*, Rec. p. 120 ; G.D.C.C. n° 33.

¹⁰⁹⁴ CC n° 2006-540 DC, précitée, considérant 20, p. 92.

¹⁰⁹⁵ CC n° 2006-543 DC, précitée, considérant 7, p. 123.

¹⁰⁹⁶ CC n° 2006-540 DC, précitée, considérant 19, p. 92.

¹⁰⁹⁷ Selon J.-E. SCHOETTL, les hypothèses d'une méconnaissance de telles normes par le droit dérivé semblent rester assez rares en pratique : *Le nouveau régime de la communication en ligne devant le Conseil constitutionnel*, L.P.A., n° 122, 18 juin 2004, p. 10 à 21, p. 18.

¹⁰⁹⁸ CC n° 2008-564 DC, 19 juin 2008, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*, Rec. p. 313 ; G.D.C.C. n° 37.

¹⁰⁹⁹ CC n° 2008-564 DC, précitée, considérant 58, p. 326.

Enfin, il est important de préciser que le contrôle du Conseil constitutionnel est dépendant de la formulation de la directive européenne concernée. Dans sa décision du 1^{er} juillet 2004¹¹⁰⁰, le Conseil distingue les cas où la loi « *se borne à tirer les conséquences nécessaires des dispositions inconditionnelles et précises* »¹¹⁰¹ d'une directive qu'elle entend transposer, de ceux où les énoncés de la directive ne présentent pas ces caractères. Dans le cas où la disposition de la directive revêt les caractères retenus par la Cour de justice de l'Union européenne pour présenter un effet direct, le Conseil s'estime incompétent pour en contrôler la compatibilité de la loi de transposition à la Constitution¹¹⁰². Dans le cas contraire, le Conseil procède à un contrôle de compatibilité¹¹⁰³. « *La solution adoptée le 10 juin 2004 est limitée aux dispositions inconditionnelles et précises d'une directive [...] Lorsque l'acte communautaire en cause laisse une marge de manœuvre à la loi, comme c'est normalement le cas pour les directives, le Conseil retrouve la plénitude de sa compétence* »¹¹⁰⁴. Cette position peut se rapprocher de celle du refus d'exercer un contrôle sur un règlement européen¹¹⁰⁵. Suite à l'évolution de la jurisprudence, il est possible de constater que le Conseil reconnaît dans cette hypothèse la primauté de la compétence du juge de l'Union européenne tant que l'identité constitutionnelle de la France n'est pas en cause.

β – Le contrôle des actes réglementaires de transposition

Dans le contexte du développement de la jurisprudence « européenne » du Conseil constitutionnel, le Conseil d'État déploie un contrôle spécifique des actes

¹¹⁰⁰ CC n° 2004-497 DC, 1^{er} juillet 2004, *Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle*, Rec. p. 107.

¹¹⁰¹ CC n° 2004-497 DC, précitée, considérant 19, p. 111.

¹¹⁰² *Ibid.* Il en va de même dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité, CC n° 2010-79 QPC, 17 décembre 2010, *M. Kamel D.*, Rec. p. 406, considérant 3, p. 407 ; sous réserve des limites fixées par la décision CC n° 2010-605 DC, 12 mai 2010, *Loi relative à l'ouverture de la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*, Rec. p. 78, considérant 19 p. 83 : « *le respect de 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 question prioritaire de constitutionnalité* ».

¹¹⁰³ CC n° 2004-497 DC, précitée, considérant 20, p. 111-112.

¹¹⁰⁴ SCHOETTL J.-E., *op. cit.*, p. 18.

¹¹⁰⁵ CC n° 77-90 DC, 30 décembre 1977, *Examen de la dernière loi de finances rectificative pour 1977 et, notamment, de son article 6*, Rec. p. 44, dite « *Isoglucose* ».

réglementaires de transposition par sa célèbre jurisprudence *Arcelor*¹¹⁰⁶. Par sa spécificité, ce contrôle diffère de celui des actes réglementaires de mise en œuvre, qui est indistinct du contrôle ordinaire de légalité¹¹⁰⁷. L'exercice du contrôle des actes réglementaires de transposition des directives européennes dépend de l'existence de plusieurs facteurs.

Il peut être engagé en présence d'un acte réglementaire assurant directement la transposition d'une directive européenne. En d'autres termes, les modalités de contrôle sont nécessairement différentes s'il existe une loi entre la directive et le décret de transposition, notamment dans la mesure où intervient un écran législatif. De plus, le contrôle spécifique ne concerne que les hypothèses où la transposition porte sur des dispositions précises et inconditionnelles de la directive. Dans le cas contraire, le juge administratif opère un contrôle de légalité aux modalités ordinaires¹¹⁰⁸. Le recours aux critères de précision et d'inconditionnalité est justifié par Matthias GUYOMAR dans ses conclusions sur l'arrêt *Arcelor* : « dès lors que le contenu de l'acte réglementaire de transposition épouse exactement, comme il se doit de le faire, celui de la directive transposée, le débat contentieux porte, sous couvert de la contestation de la légalité interne de l'acte de droit interne, sur la substance même de l'acte communautaire »¹¹⁰⁹.

Une fois ces conditions établies, le contrôle de légalité d'un acte réglementaire de transposition d'une directive européenne peut être exercé. Dans le

¹¹⁰⁶ CE Ass. 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*, Rec. p. 55, concl. M. GUYOMAR ; R.F.D.A., p. 384, concl., p. 565, note A. LEVADE, p. 578, note X. MAGNON, p. 601, chron. A. ROBLOT-TROIZIER, p. 789, note A. CANEDO-PARIS ; R.T.D.E., p. 378, concl. et note P. CASSIA ; R.D.P., p. 1031, note J. ROUX ; Dr. Env., n° 147, p. 83, comm. S. ROUSSEAU ; D.A., mai 2007, ét. n° 7, p. 9, note M. GAUTIER et F. MELLERAY ; L.P.A., n° 133, 4 juillet 2007, p. 23, note P. CHRESTIA ; R.J.E.P., p. 298, note B. PLESSIX ; R.G.D.I.P., p. 970, note J. MATRINGE ; D., n° 32, Ét. et comm., p. 2272, note M. VERPEAUX ; J.C.P., A., 2081, note G. DRAGO ; G.A.J.A. n° 114.

¹¹⁰⁷ CE 28 septembre 1984, *Confédération nationale des sociétés de protection des animaux de France et des pays d'expression française*, Rec., Tables, p. 481, p. 512, p. 514, et p. 682 ; A.J.D.A., p. 695, concl. P.-A. JEANNENEY ; A.J.D.A., 1985, p. 83, chron. S. HUBAC et J.-E. SCHOETTL ; Quot. jur., 15 décembre 1984, note M. DEYRA.

¹¹⁰⁸ Comme le constatent Claire LANDAIS et Frédéric LENICA dans leur chronique portant sur l'arrêt CE Sect. 27 octobre 2006, *Société Techna S.A. et autres* (A.J.D.A., 2006, p. 2385 à 2389, p. 2386), ainsi que M. GUYOMAR dans ses conclusions sur l'arrêt *Arcelor* (R.F.D.A., 2007, p. 384 à 401, p. 392).

cas d'un moyen fondé sur l'incompatibilité de l'acte réglementaire de transposition (donc de la directive) à une norme de valeur constitutionnelle, le juge administratif commence par rechercher l'existence d'une norme équivalente dans l'ordre juridique de l'Union européenne. Si une telle norme existe, le juge formera un renvoi préjudiciel devant la Cour de justice, seule compétente pour connaître de la compatibilité du droit dérivé au droit originaire¹¹⁰⁹ (tel était le cas dans l'affaire *Arcelor*). Dans l'hypothèse inverse, le juge administratif procède lui-même à un contrôle de la compatibilité de l'acte à la norme constitutionnelle concernée¹¹¹¹.

2. L'encadrement par le juge européen de l'application des directives

Le juge national est le juge de droit commun de l'application du droit de l'Union européenne, donc des directives. Selon la jurisprudence de la Cour de justice, le rôle des juridictions internes est de participer à la réalisation de la pleine efficacité de ces actes. Face à la diversité des droits processuels nationaux, le juge européen a progressivement développé un encadrement de l'office du juge étatique afin d'assurer l'application uniforme des directives. Outre les exigences de droit à un recours juridictionnel effectif¹¹¹², ou de droit à la protection provisoire¹¹¹³, la Cour de justice tire du principe de primauté une pluralité de techniques dont le but est d'orienter le contrôle juridictionnel du juge national en matière d'application des directives européennes.

¹¹⁰⁹ Conclusions sur CE Ass. 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*, précitées, p. 392.

¹¹¹⁰ Conformément aux stipulations de l'article 267 du T.F.U.E.

¹¹¹¹ Ce contrôle est complété par celui de la compatibilité à la Convention E.D.H., instauré par l'arrêt CE Sect. 10 avril 2008, *Conseil national des barreaux et autres et Conseil des barreaux européens*, Rec. p. 130, concl. M. GUYOMAR ; R.F.D.A., p. 575, concl., p. 606, chron. A. ROBLOT-TROIZIER, p. 711, note H. LABAYLE et R. MEHDI ; A.J.D.A., p. 1085, chron. J. BOUCHER et B. BOURGEOIS-MACHUREAU ; Gaz. Pal., n° 113, 22 avril 2008, p. 2, étude T. WICKERS et n° 117, 26 avril 2008, p. 2, note X. NORMAND-BODARD ; D., n° 33, p. 2322, note C. CUTAJAR ; J.C.P., G., Act. 260, note C. CUTAJAR ; J.C.P., A., 2110, note C. CUTAJAR ; D.A., juin 2008, comm. n° 83, p. 30, note M. GAUTIER ; R.J.E.P., n° 655, p. 19, note L. AZOULAI.

¹¹¹² CJCE 15 mai 1986, *Johnston*, 222/84, Rec. p. 1651.

¹¹¹³ CJCE 19 juin 1990, *The Queen c. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd et autres*, C-213/90, Rec., I, p. 2433 ; CJCE 21 février 1991, *Zuckerfabrik Südderithmarschen*, C-143/88 et C-92/89, Rec., I, p. 415.

L'obligation d'application directe est la plus connue et la plus controversée. Elle consiste à faire appliquer immédiatement par le juge national les dispositions « précises et inconditionnelles » d'une directive, notamment dans le cadre d'un litige opposant un justiciable et l'État auquel il est reproché de ne pas avoir rempli ses obligations¹¹¹⁴. L'obligation d'interprétation conforme est plus facilement acceptée par la doctrine et les juridictions des États membres. Elle exige du juge national qu'il adopte une interprétation du droit interne conforme aux objectifs fixés par les directives. Cette obligation n'est pas liée aux conditions techniques de l'effet direct et s'impose aux juridictions nationales alors même que la directive est dépourvue de cet effet¹¹¹⁵. Cette absence de lien s'explique par la nature et le but de l'obligation : il ne s'agit pas d'appliquer les dispositions d'une directive européenne, mais de procéder à une application du droit national tel qu'interprété conformément aux dispositions d'une directive. Il reste à indiquer que la Cour a considérablement développé et élargi les conditions d'application comme de mise en œuvre de cette obligation. La Cour commence par préciser que l'interprétation d'une directive dépourvue d'effet direct peut être « utile » au juge national pour l'interprétation de son propre droit interne¹¹¹⁶, puis affirme qu'il incombe aux juridictions nationales, juges de droit commun du droit de l'Union européenne, de « prendre en considération » les dispositions d'une directive aux fins d'interprétation du droit national¹¹¹⁷. Enfin, l'obligation revêt un caractère systématique, en s'appliquant également au droit national postérieur et antérieur à la directive¹¹¹⁸.

Plus encore, la Cour de justice fait découler du principe de primauté du droit de l'Union européenne l'obligation d'exclure le droit national contraire aux dispositions d'une directive européenne. Le juge national devrait donc écarter l'application des normes nationales incompatibles avec les objectifs d'une directive

¹¹¹⁴ Sur la notion d'effet direct, voir *infra*, p. 478 et suivantes.

¹¹¹⁵ CJCE 16 décembre 1993, *Teodoro Wagner Miret c. Fondo de garantía salarial*, C-334/92, Rec., I, p. 6911.

¹¹¹⁶ CJCE 12 novembre 1974, *Friedrich Haaga GmbH*, 32/74, Rec. p. 1201 ; et CJCE 20 mai 1976, *Impresa costruzioni comm. Quirino Mazzalà c. Ferrovie del Renon*, 111/75, Rec. p. 657.

¹¹¹⁷ CJCE 10 avril 1984, *Sabine von Colson et Elisabeth Kamann c. Land Nordrhein-Westfalen*, 14/83, Rec. p. 1891.

¹¹¹⁸ CJCE 13 novembre 1990, *Marleasing SA c. La Comercial Internacional de Alimentación SA*, C-106/89, Rec., I, p. 4135.

européenne, quand bien même celle-ci serait dépourvue d'effet direct. Enfin, le principe selon lequel les violations du droit de l'Union européenne font naître une obligation de réparation à la charge des autorités publiques responsables s'est développé à partir du contentieux de l'application des directives, notamment par le célèbre arrêt *Francoovich et Bonifaci*¹¹¹⁹. Cet arrêt pose trois conditions cumulatives à la réparation : la directive doit créer des droits dans le chef des particuliers, dont le contenu doit pouvoir être identifié au moyen de ses propres dispositions, il doit exister un lien de causalité entre la violation et le dommage subi par l'individu.

B - La sanction de l'obligation d'exercice du pouvoir réglementaire d'application des textes

L'étude de l'exercice obligatoire du pouvoir réglementaire d'application conduit à distinguer les obligations de mise en œuvre initiale des obligations d'entretien des textes. Cette distinction se prolonge dans l'analyse des sanctions relatives à ces obligations. Le contrôle du juge diffère en fonction du type de pouvoir réglementaire en cause : il est plus important en matière d'obligation d'exercice du pouvoir réglementaire dérivé (2) qu'en matière de pouvoir réglementaire initial (1).

1. La sanction de l'obligation d'exercer le pouvoir réglementaire de mise en œuvre initiale

L'exercice du pouvoir réglementaire initial d'application des textes est une obligation pesant sur l'autorité compétente. Ainsi, la sanction de la méconnaissance de cette obligation n'appelle que peu de commentaires. Le juge administratif, saisi d'un recours pour excès de pouvoir relatif à un refus d'exercice du pouvoir réglementaire initial d'exécution des textes, a un office limité. Il se contente en effet de vérifier si le délai raisonnable est écoulé ou non. Si tel est le cas, le refus doit être annulé. Le juge administratif peut compléter sa décision par le prononcé d'une injonction de prendre les dispositions appropriées à l'autorité compétente, voire par

¹¹¹⁹ CJCE 19 novembre 1991, *Andrea Francoovich et Danila Bonifaci et autres c. République italienne*, aff. jointes C-6/90 et C-9/90, Rec., I, p. 5357.

le prononcé d'une astreinte. Cependant, il s'abstient d'indications sur le fond de l'acte réglementaire à édicter, considérant qu'il ne lui appartient pas de le faire¹¹²⁰.

Ainsi est-il possible de considérer que la formation d'un recours pour excès de pouvoir contre le refus d'exercer le pouvoir réglementaire d'application des textes ne présente que peu d'intérêt pour l'administré, et ce pour deux raisons. En premier lieu, la réussite d'une telle requête dépend de l'écoulement d'un délai raisonnable, apprécié souverainement par le juge. En second lieu, la constatation de la carence réglementaire a pour effet l'annulation du refus d'exercice du pouvoir réglementaire et l'injonction d'édicter des dispositions – que le juge se refuse à préciser. En-dehors des contraintes liées au respect du principe de légalité, l'autorité compétente reste relativement libre quant au contenu concret des dispositions à édicter. L'obligation porte sur l'action de prendre des mesures d'application du texte, et non sur celle de prendre les mesures matériellement propres à assurer cette application concrète. En principe, le juge se prononce uniquement sur la question de savoir si le pouvoir réglementaire doit être exercé ou non. Cette situation diffère de celle où le recours concerne le refus d'exercice du pouvoir réglementaire dérivé.

Sur le terrain de la responsabilité, le principe est fixé par l'arrêt *Ministre des Finances c. Dame veuve Renard*¹¹²¹ : « si le Gouvernement conservait la faculté d'abroger, s'il le jugeait opportun, l'article 13 précité du décret du 12 décembre 1951, il avait par contre, en l'absence d'une telle mesure d'abrogation, l'obligation d'assurer la pleine application de ce décret en prenant dans un délai raisonnable, qui est en l'espèce largement dépassé, le texte complémentaire qui y était expressément prévu ; qu'une abstention aussi prolongée équivaut de la part du gouvernement à un refus de satisfaire à l'obligation qui lui incombait ; qu'elle est dans ces conditions constitutive d'une faute de nature à engager la responsabilité de l'État »¹¹²². Il est intéressant de constater que le caractère prolongé de l'abstention est

¹¹²⁰ CE 21 mai 1997, *Dobler*, Rec., Tables, p. 1019 : « il n'appartient pas au Conseil d'État, dans le cadre des compétences qui lui sont attribuées par les dispositions précitées de l'article 6-1 de la loi du 16 juillet 1980, de préciser le contenu du ou des décrets à intervenir ».

¹¹²¹ CE Ass. 27 novembre 1964, Rec. p. 590, concl. Y. GALMOT ; A.J.D.A., p. 678, chron. M. PUYBASSET et J.-P. PUISSOCHET ; D., 1965, Jur., p. 632, note J.-M. AUBY.

¹¹²² CE Ass. 27 novembre 1964, *Ministre des Finances c. Dame veuve Renard*, Rec. p. 590, concl. Y. GALMOT ; A.J.D.A., p. 678, chron. M. PUYBASSET et J.-P. PUISSOCHET ; D., 1965, Jur., p. 632, note J.-M. AUBY.

souligné et est déterminant du caractère fautif du comportement. Le commissaire du Gouvernement Yves GALMOT insiste également sur cette question dans ses conclusions : « *il apparaît en définitive que vous ne censurez l'attitude de l'administration que dans la mesure où elle manifeste sans équivoque sa volonté de ne pas faire application de la loi ou de n'en faire qu'une application partielle, ou encore d'en suspendre ou d'en différer l'exécution* »¹¹²³. De plus, le juge administratif peut être amené à prononcer une injonction assortie d'une astreinte afin de rétablir la licéité de la situation¹¹²⁴.

2. Les sanctions de l'obligation d'exercer le pouvoir réglementaire dérivé

Par l'engagement d'une procédure dirigée contre le refus d'exercer le pouvoir réglementaire dérivé, le requérant souhaite obtenir la modification ou la disparition d'un acte précédemment édicté, en démontrant l'illégalité. La question posée au juge n'est donc plus celle de savoir si le pouvoir réglementaire doit être exercé, mais si les modalités de son exercice sont conformes aux exigences du principe de légalité. Dans le cadre d'un tel contentieux, le juge statue sur la base de dispositions concrètes existantes, et non sur celle d'un principe d'édition de dispositions indéterminées. La conception qu'a le juge de son office s'en trouve modifiée. En présence d'un acte réglementaire illégal, la jurisprudence distingue deux possibilités de rétablissement de la légalité : l'abrogation (a) et la modification (b). Ces demandes emportent des conséquences différentes.

a. Les conséquences de la demande d'abrogation

La demande tendant à l'annulation d'un refus d'abroger une disposition réglementaire se fonde sur l'illégalité de ce refus. Cette hypothèse est constituée quand la disparition d'un acte juridique suffit à rétablir la légalité. La censure du juge porte sur le refus d'exercer le pouvoir réglementaire pour abroger certaines dispositions illégales, que ce refus soit issu du pouvoir réglementaire d'exécution des

¹¹²³ GALMOT Y., conclusions sur CE Ass. 27 novembre 1964, *Ministre des Finances c. Dame veuve Renard*, Rec. p. 590 à 600, p. 599.

¹¹²⁴ CE 30 décembre 2009, *Département de la Seine-Saint-Denis et Département de Saône-et-Loire*, Rec., Tables, p. 616, p. 618 et p. 940.

lois ou du pouvoir réglementaire autonome¹¹²⁵. Le débat contentieux est plus dense que dans le cas du refus d'exercice du pouvoir réglementaire de mise en œuvre initiale, pour lequel le comportement contesté relève du principe de l'édiction de dispositions indéterminées. Dans le cadre d'une contestation d'un refus d'abroger certaines dispositions réglementaires, le requérant doit démontrer une illégalité, et le juge se prononce sur des dispositions existantes, déterminées.

L'efficacité concrète de l'annulation d'un tel refus a connu un renforcement important par l'effet des lois du 16 juillet 1980¹¹²⁶ et du 8 février 1995¹¹²⁷. Ainsi, sous certaines conditions, le requérant peut demander au juge administratif d'assortir son annulation d'une astreinte ou de l'injonction de prononcer l'abrogation de l'acte réglementaire illégal dans un délai déterminé¹¹²⁸. De même, l'annulation du refus d'édicter un décret nécessaire à l'application d'une loi peut être accompagnée de l'injonction de prendre ce décret¹¹²⁹. Ces pouvoirs ne s'exercent pas d'office. Par conséquent, les requérants n'hésitent plus à demander plusieurs mesures d'injonction déterminées : une demande d'injonction de l'abrogation d'un acte dans un délai déterminé, sous astreinte, ou, subsidiairement, de procéder à un nouvel examen de la demande d'abrogation¹¹³⁰. La demande de modification offre davantage de possibilités, en permettant aux requérants d'obtenir l'édiction de dispositions réglementaires précises et suppose une intervention du juge plus importante.

¹¹²⁵ CE 21 juin 2000, *Weber et Centonze*, Rec. p. 281.

¹¹²⁶ Loi n° 80-539 du 16 juillet 1980 relative aux astreintes prononcées en matière administrative et à l'exécution des jugements par les personnes morales de droit public, J.O.R.F. du 17 juillet 1980, p. 1799.

¹¹²⁷ Loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, J.O.R.F. n° 34 du 9 février 1995, p. 2175.

¹¹²⁸ CE 21 février 1997, *Calbo*, Rec., Tables, p. 1018 ; D.A., juin 1997, comm. 218, p. 24, note R.S. ; J.C.P., G., II, 22866, note M. LASCOMBE.

¹¹²⁹ Par exemple, CE Sect. 26 juillet 1996, *Association lyonnaise de protection des locataires*, Rec. p. 263, concl. C. MAUGÜÉ ; R.F.D.A., p. 768, concl. ; D.A., août-septembre 1996, p. 23, obs. C. M. Voir également CE 7 mars 2008, *Gruny*, n° 299240, inédit au recueil Lebon ; et CE 13 juillet 2011, *Gruny*, n° 322268, à paraître aux Tables du Recueil Lebon.

¹¹³⁰ Pour un exemple récent, CE 24 juillet 2009, *Société France restauration rapide*, n° 321608, inédit au Recueil Lebon.

b. Les conséquences de la demande de modification

« L'autorité compétente, saisie d'une demande tendant à l'abrogation d'un règlement illégal, est tenu 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 ». Cette formulation du principe posé par l'arrêt *Compagnie Alitalia* occulte la possibilité de demander la modification de la décision illégale¹¹³¹. Selon Bertrand SEILLER, cette absence s'explique par le manque d'usage de cette possibilité par les administrés¹¹³², qui ne manque pourtant pas d'intérêt. La démarche de contestation du refus de modifier une norme réglementaire est plus complexe et plus approfondie que celle ayant pour finalité d'en obtenir l'annulation. L'hypothèse de départ est différente de la précédente, en ce que le rétablissement de la légalité implique, non pas la disparition d'un acte juridique, mais son adaptation par l'ajout ou la substitution de certaines mesures. En pratique, les conséquences d'une demande de modification sont nettement plus avantageuses pour le requérant, qui peut bénéficier de la détermination par le juge des mesures nécessaires au rétablissement de la légalité.

L'affaire *Syndicat des avocats de France*¹¹³³ illustre la volonté du juge d'expliquer de manière concrète et détaillée la marche à suivre afin d'assurer le rétablissement de la légalité. Dans cette affaire, le Conseil d'État annule le refus implicite du Premier ministre de modifier un décret. C'est en précisant, dans l'article premier du dispositif de sa décision, les causes de l'illégalité de ce refus qu'il incite manifestement l'autorité compétente à prendre certaines mesures concrètes et déterminées¹¹³⁴. Il est important de noter que ces précisions sont formulées en dehors

¹¹³¹ CE Ass. 3 février 1989, *Compagnie Alitalia*, Rec. p. 44 ; R.F.D.A., p. 391, concl. N. CHAHID-NOURAÏ, p. 417, note L. DUBOUIS, p. 422, note O. BEAUD ; A.J.D.A., p. 387, note O. FOUQUET ; R.T.D.E., p. 509, note J. VERGÈS, p. 685, chron. V. CONSTANTINESCO, D. SIMON et P. SOLER-COUTEAUX ; R.J.F., p.115, note J. TUROT, p. 125, concl. ; L.P.A., n° 149, 13 décembre 1989, comm. P. DEROUIN ; G.A.J.A. n° 90.

¹¹³² SEILLER B., *Précisions sur l'obligation d'exercer le pouvoir réglementaire*, A.J.D.A., 2004, p. 761 à 766, p. 764.

¹¹³³ CE 30 juillet 2003, *Syndicat des avocats de France*, Rec. p. 358 ; J.C.P., A., 1999, note V. TCHEN.

¹¹³⁴ CE 30 juillet 2003, précité : « La décision de refus de l'autorité investie du pouvoir réglementaire de prendre les dispositions nécessaires pour, d'une part, permettre aux avocats et aux interprètes d'accéder à tout moment aux zones d'attente lorsqu'un étranger maintenu en formule la demande et, d'autre part, prévoir que, dans chaque zone d'attente, sera installé un local adapté permettant la confidentialité des échanges et équipé notamment d'une ligne téléphonique et d'un télécopieur est annulée ».

du prononcé de l'injonction, qui impose à l'autorité compétente de prendre les mesures définies à l'article premier du dispositif dans un délai de deux mois. Il est évident que le juge exerce directement, comme juge du fond, un pouvoir de détermination des dispositions réglementaires à édicter, pouvoir inédit dans le cadre des contestations de refus d'abrogation et des contentieux relatifs à l'exercice du pouvoir réglementaire initial.

La situation et l'attitude du juge se compliquent dans l'hypothèse d'une « *modification du vide* »¹¹³⁵. En effet, le juge semble mettre à l'écart la jurisprudence applicable à l'exercice du pouvoir réglementaire initial au profit de celle relative à la demande de modification. Dans la mesure où l'illégalité consiste principalement en une absence, un « vide », la détermination des dispositions nécessaires au rétablissement de la légalité s'opère avec encore plus de précision, à tel point que le juge se substitue au pouvoir réglementaire. Cette substitution, déjà bien connue depuis un certain temps¹¹³⁶ (notamment quand le juge administratif ne disposait pas encore du pouvoir d'injonction), fait l'objet d'un éclairage nouveau à l'occasion de l'affaire *Mme Barbier*¹¹³⁷ : « *eu égard à la nature de l'illégalité ainsi commise, qui résulte non d'une carence dans l'édition d'une sanction nouvelle mais de l'absence d'un dispositif explicite de dispense conditionnelle d'exécution d'une sanction préexistante, et à la circonstance que les obligations pesant sur le pouvoir réglementaire sont définies avec précision par la loi, il appartient aux juridictions compétentes, non de s'abstenir d'infliger des peines d'interdiction permanente ou temporaire de servir des prestations aux assurés sociaux, mais de les appliquer en les assortissant, s'il y a lieu, en tout ou partie, du sursis* ». Les conditions dans lesquelles le juge administratif peut procéder à l'application directe de la loi, en l'absence d'intervention du pouvoir réglementaire, sont définies par le Conseil d'État : une telle substitution n'est possible que si la loi est suffisamment claire et précise, et peut donc s'appliquer directement, sans l'intervention du pouvoir

¹¹³⁵ L'expression est empruntée à Bertrand SEILLER, *op. cit.*, p. 766.

¹¹³⁶ Par exemple, CE 26 décembre 1925, *Rodière*, Rec. p. 1065 ; R.D.P., 1926, p. 32, concl. G. CAHEN-SALVADOR ; S., 1925., III., p. 9, note M. HAURIOU ; G.A.J.A. n° 41.

¹¹³⁷ CE Sect. 25 février 2005, *Mme Barbier*, Rec. p. 82 ; R.F.D.A., p. 753, concl. D. CHAVALUX. Cette décision est remarquée par la doctrine : LANDAIS C. et LENICA F., *Le juge, la gomme et le crayon*, A.J.D.A., 2005, chron. p. 1002 ; HUGLO B., *Une nouvelle obligation : celle de bien réglementer ?*, A.J.D.A., 2009, p. 20.

réglementaire. Il semble ici plus judicieux de comprendre que la décision *Mme Barbier* s'applique en dehors du champ de l'obligation d'édicter des mesures réglementaires d'application des textes et qu'elle ne peut servir de fondement à une obligation générale de réglementer dans un sens déterminé. L'application directe de la loi constitue une réaction à une illégalité.

Paragraphe II : Le développement des contrôles des normes non directement applicables de valeur constitutionnelle

Exercée dans le cadre de procédures générales dont ce n'est pas le but premier, la sanction du respect des normes non directement applicables de valeur constitutionnelle connaît des modalités différentes en fonction de l'autorité publique à laquelle elles sont appliquées ; le contrôle exercé sur le pouvoir législatif (A) étant très différent de celui exercé sur le pouvoir exécutif (B).

A – La sanction dans le cadre du contrôle du pouvoir législatif

La jurisprudence du Conseil constitutionnel comprend des exemples de déclarations de non conformité à la Constitution fondées sur le défaut de réalisation d'un objectif de valeur constitutionnelle ou la méconnaissance d'une norme non directement applicable figurant dans la Constitution. Le caractère essentiellement discrétionnaire du pouvoir législatif conduit le Conseil constitutionnel à effectuer un contrôle minimal, principalement axé sur l'erreur manifeste d'appréciation. Plusieurs mécanismes sont susceptibles d'être le cadre de ce contrôle, justifiant une censure dans deux hypothèses principales : la méconnaissance d'une norme non directement applicable de valeur constitutionnelle (1) et le défaut de mise en œuvre d'une telle norme (2).

1. Les sanctions de la méconnaissance des normes non directement applicables

Dans le cadre de la procédure prévue par l'article 61 de la Constitution, la seule sanction prévue est forte : la méconnaissance d'une norme de valeur

constitutionnelle par le législateur entraîne une déclaration de non conformité à la Constitution. « *Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61 ne peut être promulguée ni mise en application* »¹¹³⁸. Si le moyen tiré de la violation de telles normes est systématiquement accueilli et examiné, force est de constater qu'il ne débouche que rarement sur une censure des dispositions attaquées¹¹³⁹, notamment du fait du contrôle minimal opéré par le Conseil constitutionnel. Plus encore, il est difficile de différencier les hypothèses où le grief allégué est celui de la méconnaissance d'un alinéa non directement applicable du Préambule de 1946 ou d'un objectif de valeur constitutionnelle, qui lui-même découle d'une combinaison de dispositions constitutionnelles dont certaines sont non directement applicables. De même, distinguer les cas de déclaration de non conformité fondée sur la méconnaissance d'une norme non directement applicable de valeur constitutionnelle de ceux portant sur le défaut de réalisation d'un objectif de valeur constitutionnelle n'est pas entreprise aisée.

Il est cependant possible de constater que la méconnaissance d'objectifs de valeur constitutionnelle contribue à fonder certaines déclarations de non conformité à la Constitution. Cependant, ce fondement n'est pas toujours explicite, ni direct¹¹⁴⁰ : le Conseil peut préférer une référence textuelle comme fondement explicite de la censure tout en visant implicitement un objectif de valeur constitutionnelle¹¹⁴¹. Pour autant, les censures explicitement fondées sur la méconnaissance d'un objectif

¹¹³⁸ Article 62 de la Constitution de 1958.

¹¹³⁹ Il ressort de l'examen des décisions des années 2007, 2008 et 2009 que les alinéas du Préambule de 1946, considérés comme non directement applicables par le juge administratif, ont été invoqués 11 fois, rejetés 7 fois, ont donné lieu à 4 déclarations de conformité sous réserve, et n'ont fondé aucune déclaration de non conformité.

¹¹⁴⁰ Comme le constate Pierre DE MONTALIVET, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, Paris, Dalloz, Bibliothèque parlementaire et constitutionnelle, 2006, p. 344 à 346.

¹¹⁴¹ Par exemple, les articles 2 et 4 de la Constitution au lieu de l'exigence du pluralisme des courants d'idées et d'opinions, CC n°89-271 DC, 11 janvier 1990, *Amnistie des parlementaires*, Rec. p. 21, considérant 14, p. 24 ; ou encore l'article 34 au lieu de l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi, CC n°2000-435 DC, 7 décembre 2000, *Loi d'orientation pour l'outre-mer*, Rec. p. 164, considérant 53, p. 173.

existent¹¹⁴². En revanche, plus courantes sont les hypothèses où les objectifs de valeur constitutionnelle servent de fondement explicite à une réserve d'interprétation, qui constitue indéniablement une forme de contrainte destinée à prévenir les violations¹¹⁴³.

Enfin, dans le cadre de la procédure de la question de constitutionnalité, certains objectifs de valeur constitutionnelle ont été invoqués, à plusieurs reprises, devant le juge ordinaire, puis devant le Conseil constitutionnel. Par exemple, le Conseil d'État s'est livré à l'examen d'un moyen tiré de la violation de l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi par les dispositions de l'article 92 J du Code général des impôts. La Haute juridiction estime que les dispositions de l'article 92 J du Code général des impôts et leur combinaison avec celles de l'article 163 du même code « *ne présentent aucune difficulté particulière d'interprétation, qui, eu égard notamment à leur ambiguïté et à leur caractère contradictoire ou incompréhensible, serait source d'insécurité juridique ; que, par suite et en tout état de cause, elles ne méconnaissent pas l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi* »¹¹⁴⁴. Le moyen est jugé inopérant en l'espèce. La position du Conseil constitutionnel quant à l'invocabilité d'un tel moyen s'exprime peu de temps après : « *si l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, impose au législateur d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques, sa méconnaissance ne peut, en elle-même, être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution* »¹¹⁴⁵. Par ailleurs, le Conseil constitutionnel a eu à examiner la conformité du troisième alinéa de l'article L. 211-3 du Code de l'action sociale et des familles à l'objectif de

¹¹⁴² La première occurrence se produit dans la décision CC n° 2003-475 DC, 24 juillet 2003, *Loi portant réforme de l'élection des sénateurs*, Rec. p. 400, considérant 26, p. 405. Il est intéressant de relever la rédaction précautionneuse des motifs de la décision sur ce point (notamment le considérant 20, p. 404). Pour un exemple plus récent, voir CC n° 2008-567 DC, 24 juillet 2008, *Loi relative aux contrats de partenariat*, Rec. p. 341, considérant 40, p. 350.

¹¹⁴³ Pierre DE MONTALIVET cite plusieurs exemples de telles réserves, *op. cit.*, p. 349. Il est également possible de se référer à la décision CC n° 2007-550 DC, 27 février 2007, *Loi relative à la modernisation de la diffusion audiovisuelle du futur*, Rec. p. 81, considérant 16, p. 85 (réserve fondée sur l'objectif du pluralisme des courants d'idées et d'opinions).

¹¹⁴⁴ CE 25 juin 2010, *Mortagne*, Rec. p. 217.

pluralisme des courants de pensées et d'opinions, mais a jugé le moyen inopérant eu égard au champ d'application de la disposition contestée¹¹⁴⁶.

2. Le contrôle du défaut de mise en œuvre des normes non directement applicables par l'incompétence négative

Le défaut de mise en œuvre des normes non directement applicables de valeur constitutionnelle peut être sanctionné par le Conseil constitutionnel dans deux cas différents : celui du contrôle de l'incompétence négative et celui de l'abrogation des lois antérieurement promulguées. Le contrôle de l'incompétence négative du législateur opéré par le Conseil constitutionnel se fonde sur les règles de partage des compétences entre la loi et le règlement. L'incompétence négative concerne deux hypothèses différentes : la première est réalisée par la délégation irrégulière de compétence, la seconde quand le législateur a légiféré en deçà de sa compétence. Dans ce dernier cas, le contrôle de l'incompétence négative est susceptible de porter sur l'insuffisance de réalisation d'un objectif de valeur constitutionnelle. Tel était le cadre de la décision *Loi portant réforme du régime juridique de la presse*¹¹⁴⁷, par laquelle le Conseil relève les lacunes de la loi déferée à son contrôle comme fondement d'une déclaration de non conformité¹¹⁴⁸. Le législateur est donc tenu d'épuiser sa compétence, notamment en adoptant des dispositions précises¹¹⁴⁹, afin de réaliser les objectifs de valeur constitutionnelle.

Le Conseil a également saisi l'occasion de fixer les conditions du contrôle de l'incompétence négative, dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité, par sa décision du 18 juin 2010 : « *la méconnaissance par le législateur de sa propre compétence ne peut être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de*

¹¹⁴⁵ CC n° 2010-4/17 QPC, 22 juillet 2010, *M. Alain C. et autre*, Rec. p. 156, considérant 9, p. 158.

¹¹⁴⁶ CC n° 2010-3 QPC, 28 mai 2010, *Union des familles en Europe*, Rec. p. 97, considérant 8, p. 99.

¹¹⁴⁷ CC n° 86-217 DC, 18 septembre 1986, *Loi relative à la liberté de communication*, Rec. p. 141.

¹¹⁴⁸ CC n° 86-217 DC, précitée, considérants 34 à 36, p. 149 ; cités et analysés par P. DE MONTALIVET, *op. cit.*, p. 389.

¹¹⁴⁹ Qui semble être une condition de mise en œuvre des objectifs : CC n° 2000-436 DC, 7 décembre 2000, *Loi relative à la solidarité et au renouvellement urbain*, Rec. p. 176, en particulier considérant 29, p. 183.

constitutionnalité que dans le cas où est affecté un droit ou une liberté que la Constitution garantit »¹¹⁵⁰. En l'espèce, la société requérante invoquait deux moyens fondés sur l'incompétence négative à l'encontre de « l'article 273 du code général des impôts, issu de l'article 18 de la loi n° 66-10 du 6 janvier 1966, en tant qu'il habilite le pouvoir réglementaire à fixer des délais tels que ceux mentionnés à l'article 224-1 de l'annexe II au code général des impôts ». Le premier était relatif à la combinaison des articles 34 de la Constitution¹¹⁵¹ et 14 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen¹¹⁵² ; le second consistait à expliquer que le silence du législateur avait privé de garanties légales le droit de propriété protégé par l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen¹¹⁵³. Le premier grief est rejeté par le Conseil constitutionnel au motif que « les dispositions de l'article 14 de la Déclaration de 1789 sont mises en œuvre par l'article 34 de la Constitution et n'instituent pas un droit ou une liberté qui puisse être invoqué, à l'occasion d'une instance devant une juridiction, à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution »¹¹⁵⁴. Le second grief est simplement écarté¹¹⁵⁵. Cette position relative aux conditions d'invocabilité de l'incompétence négative est complétée par le Conseil constitutionnel à l'occasion de l'affaire *Association Sportive Football Club de Metz* : « si la méconnaissance par le législateur de sa propre compétence peut être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité dans le cas où est affecté un droit ou une liberté que la Constitution garantit, elle ne saurait l'être à l'encontre d'une disposition législative antérieure à la Constitution du 4 octobre 1958 »¹¹⁵⁶.

¹¹⁵⁰ CC n° 2010-5 QPC, 18 juin 2010, *S.N.C. Kimberly Clark*, Rec. p. 114, considérant 3, p. 115 ; G.D.C.C. n° 46.

¹¹⁵¹ En l'espèce, « La loi fixe les règles concernant... l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toutes natures... Les lois de finances déterminent les ressources et les charges de l'État dans les conditions et sous les réserves prévues par une loi organique... ».

¹¹⁵² « Tous les Citoyens ont le droit de constater, par eux-mêmes ou par leurs représentants, la nécessité de la contribution publique, de la consentir librement d'en suivre l'emploi, et d'en déterminer la quotité, l'assiette, le recouvrement et la durée ».

¹¹⁵³ « La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité ».

¹¹⁵⁴ CC n° 2010-5 QPC, précitée, considérant 4, p. 115.

¹¹⁵⁵ CC n° 2010-5 QPC, précitée, considérant 5, p. 115.

¹¹⁵⁶ CC n° 2010-28 QPC, 17 septembre 2010, *Association sportive Football Club de Metz*, Rec. p. 233, considérant 9, p. 236.

Le défaut de mise en œuvre des normes non directement applicables de valeur constitutionnelle peut également être sanctionné dans le cadre du contrôle de l'abrogation des lois antérieurement promulguées. Le Conseil constitutionnel précise qu'afin de mettre en œuvre un objectif de valeur constitutionnelle, le législateur peut « *modifier, compléter ou abroger des dispositions législatives antérieurement promulguées à la seule condition de ne pas priver de garanties légales des principes à valeur constitutionnelle qu'elles avaient pour objet de mettre en œuvre* »¹¹⁵⁷. Cette interdiction de priver de garanties légales « *des principes à valeur constitutionnelle* » s'applique aux objectifs de valeur constitutionnelle¹¹⁵⁸, mais aussi aux autres droits et libertés constitutionnellement protégés¹¹⁵⁹. Cette obligation de prévoir les garanties légales des droits et libertés concerne tout particulièrement les droits sociaux, qu'ils aient la structure de droits-créances ou de droits-libertés¹¹⁶⁰.

B - La sanction dans le cadre d'un contrôle du pouvoir exécutif

La concrétisation des normes non directement applicables de valeur constitutionnelle par le pouvoir réglementaire fait l'objet d'un contrôle juridictionnel limité par des impératifs liés à la répartition des compétences (1). Cependant, suite à l'introduction récente de la question prioritaire de constitutionnalité, se dessinent des perspectives de développement de ce contrôle (2).

¹¹⁵⁷ CC n° 94-359 DC, 19 janvier 1995, *Loi relative à la diversité de l'habitat*, Rec. p. 176, considérant 8, p. 117-118.

¹¹⁵⁸ Pierre DE MONTALIVET (*op. cit.*, p. 393) cite deux exemples : CC n° 86-210 DC, 29 juillet 1986, *Loi portant réforme du régime juridique de la presse*, Rec. p. 110 ; et CC n° 2004-497 DC, 1^{er} juillet 2004, *Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle*, Rec. p. 107, considérant 24, p. 112. Selon Jean-Bernard AUBY (*Le recours aux objectifs des textes dans leur application en droit public*, R.D.P., 1991, p. 327, p. 330-331), cette jurisprudence « *ne concerne pas l'application d'objectifs, mais de principes que la jurisprudence tient pour immédiatement et pleinement applicables* ».

¹¹⁵⁹ Pierre DE MONTALIVET (*op. cit.*, p. 393 et 394) se réfère à la décision n° 83-165 DC, 20 janvier 1984, *Loi relative à l'enseignement supérieur*, Rec. p. 30, considérant 42, p. 36.

¹¹⁶⁰ MATHIEU B. et VERPEAUX M., *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, Paris, L.G.D.J., 2002, p. 498.

1. Un contrôle limité

Le Conseil constitutionnel estime que les objectifs de valeur constitutionnelle sont sources d'obligations pesant sur le pouvoir exécutif : au sujet de la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent, il juge « *qu'il incombe tant au législateur qu'au Gouvernement de déterminer, conformément à leurs compétences respectives, les modalités de mise en œuvre de cet objectif à valeur constitutionnelle* »¹¹⁶¹. Le Gouvernement est également désigné comme destinataire direct des dispositions constitutionnelles, notamment de l'obligation de les mettre en œuvre. Dans la décision *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, le Conseil constitutionnel souligne « *qu'il incombe, tant au législateur qu'au Gouvernement, conformément à leurs compétences respectives, de déterminer, dans le respect des principes proclamés par le onzième alinéa du Préambule, les modalités de leur mise en œuvre* »¹¹⁶². Toutefois, eu égard aux différences de leurs offices et des procédures pouvant être engagées, La concrétisation des normes constitutionnelles par le pouvoir exécutif dépend surtout du juge administratif et non du juge constitutionnel. Seul le juge administratif se trouve confronté à la réalité de leur mise en œuvre.

Or, le juge administratif estime que les objectifs de valeur constitutionnelle ne peuvent, en principe, être invoqués devant lui. L'analyse de sa jurisprudence révèle cependant quelques incertitudes, partagées par le juge judiciaire¹¹⁶³. L'étude de la jurisprudence du juge administratif révèle une reconnaissance de certains objectifs de valeur constitutionnelle, mais la référence n'est pas toujours conforme à la dénomination retenue par le Conseil constitutionnel¹¹⁶⁴. Dans les cas où ces objectifs sont retenus comme tels, le Conseil d'État se contente de les appliquer, pour autant

¹¹⁶¹ CC n° 94-359 DC, 19 janvier 1995, *Loi relative à la diversité de l'habitat*, Rec. p. 176, considérant 8, p. 117-118.

¹¹⁶² CC n° 93-325 DC, 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, Rec. p. 224, considérant 125, p. 245 ; G.D.C.C. n° 23.

¹¹⁶³ Comme le démontre Pierre DE MONTALIVET, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, Paris, Dalloz, Bibliothèque parlementaire et constitutionnelle, 2006, spé. p. 489 à 507.

qu'ils soient mis en œuvre par une loi. Tel est le cas du pluralisme, examiné dans l'affaire *Association « La télé est à nous »*¹¹⁶⁵, auquel il est ultérieurement fait référence en tant qu'objectif législatif¹¹⁶⁶. Par un arrêt du 8 avril 2009, l'Assemblée du Conseil d'État affirme solennellement sa reconnaissance de l'objectif de valeur constitutionnelle¹¹⁶⁷. L'indissociabilité des objectifs de valeur constitutionnelle d'une disposition législative se révèle également pour la protection de la santé publique, la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent, l'accessibilité et l'intelligibilité « *du droit* »¹¹⁶⁸. La situation est comparable s'agissant des normes non directement applicables figurant dans le texte constitutionnel. Enfin, il reste à évoquer la limite que constitue l'écran législatif qui empêche le contrôle par confrontation directe d'un acte administratif à une disposition constitutionnelle. Si la portée pratique de cette hypothèse s'est vue considérablement atténuée¹¹⁶⁹, il n'en demeure pas moins que la limite subsiste¹¹⁷⁰.

¹¹⁶⁴ Pierre DE MONTALIVET distingue à ce sujet les références fidèles (le pluralisme, la protection de la santé publique, la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent) des références modifiées (la sauvegarde de l'ordre public devient la protection de la sécurité des biens et des personnes, l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi deviennent celles du droit) : *op. cit.*, p. 225 à 231.

¹¹⁶⁵ CE 19 janvier 1990, *Association « La télé est à nous »*, Rec. p. 9.

¹¹⁶⁶ Voir l'analyse de Pierre DE MONTALIVET, *op. cit.*, p. 496.

¹¹⁶⁷ CE Ass. 8 avril 2009, *Hollande et Mathus*, Rec. p. 140, concl. C. DE SALINS ; R.F.D.A., p. 351, concl., p. 588, chron. T. RAMBAUD et A. ROBLOT-TROIZIER ; A.J.D.A., p. 1096, chron. S.-J. LIÉBER et D. BOTTEGHI ; R.D.P., p. 1705, note J.-P. CAMBY : « l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, à laquelle se réfère le Préambule de la Constitution, garantit la libre communication des pensées et des opinions ; que le pluralisme des courants de pensée et d'opinion, dont le pluralisme de l'expression politique est une composante, est l'une des conditions de la liberté ainsi garantie et de la démocratie et qu'il constitue en lui-même un objectif de valeur constitutionnelle ». L'Assemblée juge ensuite que le Conseil supérieur de l'audiovisuel ne peut, « sans méconnaître les normes de valeur constitutionnelle qui s'imposent à lui et la mission que lui a confiée le législateur », exclure toute forme de prise en compte des interventions du Président de la République et de ses collaborateurs dans l'appréciation du respect du pluralisme politique par les médias audiovisuels.

¹¹⁶⁸ Sur ce point, cf. Pierre MONTALIVET, *op. cit.*, p. 496 à 501.

¹¹⁶⁹ CE 19 novembre 1986, *Société Smanor*, Rec. p. 260 ; A.J.D.A., p. 681, chron. M. AZIBERT et M. DE BOISDEFFRE ; J.C.P., G., 1987, II, 20822, concl. B. LASSERRE ; CE 17 mai 1991, *Quintin*, n° 100436, inédit au Recueil Lebon ; R.D.P., p. 1432, concl. R. ABRAHAM, p. 1429 ; CE 10 octobre 1997, *Fédération nationale des experts-comptables*, Rec., Tables, p. 634 et p. 1050 ; Cass. crim. 1^{er} février 1990, n° 89-80.673, *Devauchelle*, Bull. crim. n° 56 ; J.C.P., G., IV, n° 18 ; D., n° 12, I.R., p. 74 ; Gaz. pal., nos 210-212, Jurispr., p. 20 ; et Cass. crim. 6 avril 1993, n° 92-82.655, *Guilbert*, Bull. crim. n° 141 ; J.C.P., G., IV, 1877.

¹¹⁷⁰ Pour des exemples relativement récents : CE 5 janvier 2005, *Melles Deprez et Baillard*, Rec. p. 1 ; CE 11 février 2004, *Schiocchet*, Rec. p. 65 ; CE 11 février 2004, *Demas et autres*, Rec. p. 62 ; CE Sect. 30 juillet 2003, *Djaoui*, Rec. p. 349.

2. Un contrôle amené à se développer

Le juge du référé-liberté a également développé une jurisprudence sophistiquée considérant, en substance, que les objectifs de valeur constitutionnelle invoqués devant lui ne présentent pas, en principe, le caractère d'une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative (à l'exception notable du « *principe du caractère pluraliste de l'expression des courants de pensée et d'opinion* »¹¹⁷¹). N'étant susceptibles que d'une invocabilité très indirecte dans le cadre de cette procédure¹¹⁷², de nombreuses méconnaissances des obligations qu'ils génèrent ne font pas l'objet d'un contrôle du juge des référés. Telle est également la situation de certaines dispositions du Préambule de la Constitution de 1958. En revanche, comme il a déjà été précisé précédemment, le Conseil d'État, en tant que juge « du filtrage » de la question prioritaire de constitutionnalité, estime, implicitement mais nécessairement, que le moyen tiré de la violation de l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi est opérant pour contester la conformité à la Constitution d'une disposition législative. Il a, de surcroît, procédé lui-même à son examen¹¹⁷³.

Cette position de la Haute juridiction est certainement amenée à évoluer, notamment eu égard à la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur la question¹¹⁷⁴. Dans le cadre d'une ordonnance de référé du 10 février 2012, le Conseil d'État décide qu'« *il appartient aux autorités de l'État de mettre en œuvre le droit à l'hébergement d'urgence reconnu par la loi à toute personne sans abri qui se trouve en situation de détresse médicale, psychique et sociale ; qu'une carence caractérisée dans l'accomplissement de cette tâche peut, contrairement à ce qu'a estimé le juge des référés de première instance, faire apparaître, pour l'application de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale lorsqu'elle entraîne des conséquences graves pour la personne intéressée ; qu'il incombe au juge des référés*

¹¹⁷¹ CE, ord. réf., 24 février 2001, *Tibéri*, n° 230611, Rec. p. 85 ; R.F.D.A., p. 629, note B. MALIGNER ; D., *Jurispr.*, p. 1748, note R. GHEVONTIAN.

¹¹⁷² Cf. notamment *supra* p. 160 et suivantes.

¹¹⁷³ CE 25 juin 2010, *Mortagne*, Rec. p. 217.

¹¹⁷⁴ Par exemple, CC n° 2010-4/17 QPC, 22 juillet 2010, *M. Alain C. et autre*, Rec. p. 156, considérant 9, p. 158.

d'apprécier dans chaque cas les diligences accomplies par l'administration en tenant compte des moyens dont elle dispose ainsi que de l'âge, de l'état de la santé et de la situation de famille de la personne intéressée »¹¹⁷⁵. Comme le relève Arnaud DURANTHON, cette solution marque « la subjectivisation progressive du droit général au logement, dont l'hébergement d'urgence est une composante avec le droit à l'hébergement opposable et le droit au logement opposable »¹¹⁷⁶. La décision du 10 février 2012 complète la consécration précédente, par la jurisprudence *Salah*, de l'obligation de l'administration de fournir un hébergement d'urgence à une personne bénéficiaire du droit d'asile, dans la mesure où le droit à l'hébergement d'urgence constitue une implication matérielle du droit d'asile¹¹⁷⁷.

Avant l'intervention de la décision *Fofana*, le juge administratif refuse de considérer la carence de l'État de fournir un hébergement d'urgence comme une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale¹¹⁷⁸ : « le droit au logement (...) n'est pas au nombre des libertés fondamentales au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, alors même qu'il constitue un objectif à valeur constitutionnelle »¹¹⁷⁹. « À l'appui de cette position, le Conseil d'État relevait, d'une part, que le droit au logement n'était pas un principe à valeur constitutionnelle mais un simple objectif insuffisant à fonder un droit subjectif et donc justiciable, d'autre part que les conventions internationales en la matière n'étaient pas d'effet direct »¹¹⁸⁰.

En conclusion, l'étude des mécanismes non contentieux et des mécanismes contentieux révèle un potentiel de contrainte variable des normes non directement

¹¹⁷⁵ CE, ord. réf., 10 février 2012, *M. Karamoko Fofana*, n° 356456, à paraître aux Tables du Recueil Lebon ; A.J.D.A., p. 716, note A. DURANTHON.

¹¹⁷⁶ DURANTHON A., *Le droit à l'hébergement d'urgence constitue une liberté fondamentale*, note sous CE, ord. réf., 10 février 2012, *M. Karamoko Fofana*, n° 356456, A.J.D.A., 2012, p. 716 à 719, p. 718.

¹¹⁷⁷ CE, ord. réf., 17 septembre 2009, *Ministre de l'immigration, de l'intégration, de l'identité nationale et du développement solidaire c. Salah*, n° 331950, Rec. p. 354 ; J.C.P., A., p. 2262, note L. FERMAUD ; A.J.D.A., 2010, p. 202, note S. SLAMA ; D., 2010, p. 2868, obs. O. BOSCKOVIC, S. CORNELOUP, F. JAULT-SESEKE, N. JOUBERT et K. PARROT ; Constitutions, 2010, p. 291, obs. O. LE BOT.

¹¹⁷⁸ CE, ord. réf., 3 mai 2002, *Association de réinsertion sociale du Limousin et autres*, n° 245697, Rec. p. 168 ; R.F.D.A., p. 856 ; A.J.D.A., p. 818, note E. DESCHAMPS ; L.P.A., n° 178, 5 sept. 2002, p. 4, note P. JAN.

¹¹⁷⁹ CE, ord. réf., 23 mars 2009, *Ministre de l'immigration, de l'intégration, de l'identité nationale et du développement solidaire c. M. Gaghiev et Mme Gaghieva*, n° 325884, Rec., Tables, p. 789 ; A.J.D.A., p. 679, note Z. AÏT-EL-KADI.

¹¹⁸⁰ DURANTHON A., *Le droit à l'hébergement d'urgence constitue une liberté fondamentale*, note sous CE, ord. réf., 10 février 2012, *M. Karamoko Fofana*, n° 356456, A.J.D.A., 2012, p. 716 à 719, p. 717.

applicables sur les autorités publiques. Si les procédures juridictionnelles mises en place dans le but de sanctionner la carence des autorités normatives sont efficaces, elles restent peu nombreuses et limitées à un faible nombre de normes non directement applicables, dans la mesure où elles sont liées à l'existence de l'obligation de transposition des directives européennes et de l'exercice obligatoire du pouvoir réglementaire d'application des textes. Pour autant, il n'est pas pertinent de négliger l'importance croissante des contrôles opérés sur la mise en œuvre des normes non directement applicables de valeur constitutionnelle qui connaissent un développement accéléré depuis la récente entrée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité.

Conclusion du Titre second

En définitive, le régime juridique des normes non directement applicables a révélé sa richesse, sa complexité, mais surtout son hétérogénéité, caractéristique inhérente à la matière. L'étude de la force contraignante des normes non directement applicables révèle, en premier lieu, d'importantes disparités entre les différents types de normes. En effet, si certaines sont dotées d'un fort potentiel de contrainte et assorties de contrôles structurés et de caractère juridictionnel, d'autres ne bénéficient pas d'un arsenal procédural développé. Plus encore, certaines semblent contenir des obligations « platoniques ». Cette grande diversité du degré de force contraignante est à envisager en parallèle de la question de l'invocabilité des normes non directement applicables. Cette analyse conduit à constater que l'obstacle principal à l'efficacité des sanctions de la méconnaissance des normes dépourvues d'applicabilité directe est leur faible invocabilité, par comparaison avec normes directement applicables. Cependant, le potentiel d'invocabilité des normes non directement applicables est lui aussi fort variable, en fonction d'une multitude de facteurs.

Il est ainsi possible de conclure à une relative concordance entre la force obligatoire et la force contraignante des normes non directement applicables, ces deux forces pouvant être schématisées en deux échelles¹¹⁸¹ parallèles. En effet, les normes non directement applicables imposant les obligations les plus fortes et les plus précises se voient plus fortement sanctionnées, et inversement. Au-delà de cette schématisation rapide, force est de constater que le régime juridique des normes non directement applicables est très loin de constituer un monolithe. Bien au contraire, la diversité des normes non directement applicables se reflète dans la variété des effets juridiques qu'elles sont amenées à produire.

¹¹⁸¹ La première occurrence du terme d'« échelle » est attribuée à Léon DUGUIT à propos de la domanialité publique, dans son célèbre *Traité de droit constitutionnel*, t. 3, Paris, Éditions de Boccard, 3^e éd., 1930.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

En définitive, il n'existe pas de réelle notion homogène et opératoire de norme non directement applicable, mais simplement un caractère que les normes juridiques peuvent revêtir. Il en résulte que peuvent être considérées comme non directement applicables les normes juridiques valablement adoptées qui ont pour destinataires directs les autorités publiques compétentes pour les mettre en œuvre, et non les individus. Cette particularité est identifiée par le droit français selon une méthode fondée sur des critères aux conséquences contestables.

L'étude du régime juridique des normes non directement applicables traduit une cassure : elles sont exprimées par des actes de volonté, actes de langage, actes formellement juridiques, mais sont souvent dépourvues de justiciabilité. La démarche consistant à édicter des règles en respectant les lourdes étapes d'une stricte procédure juridique, pour ensuite leur nier cette qualité constitutive et les considérer comme des déclarations politiques, de bonne volonté, qui ne seront pas nécessairement suivies d'effet semble irrationnelle. Un des exemples les plus marquant du phénomène est révélé par le rapport d'information relatif à la Charte de l'environnement¹¹⁸² qui précise, à propos du droit à un environnement équilibré et respectueux de la santé, que « l'article 1er pose un droit de l'homme, c'est-à-dire de la personne humaine »¹¹⁸³. Cette remarque est aussitôt pondérée par l'affirmation de l'absence d'applicabilité directe et d'invocabilité de ce droit : « dépourvu d'application directe, le droit à un environnement de qualité dépendra pour son application, outre des autres articles de la Charte, du législateur puis, le cas échéant, du pouvoir réglementaire. De

¹¹⁸² KOSCIUSKO-MORIZET N., Rapport d'information n° 1595 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 (n° 992) relatif à la Charte de l'environnement, déposé à l'Assemblée nationale le 12 mai 2004, disponible sur le site internet de l'Assemblée nationale : <http://www.assemblee-nationale.fr/12/rapports/r1595.asp>.

¹¹⁸³ KOSCIUSKO-MORIZET N., *op. cit.*, p. 71.

façon corollaire, il ne sera pas invocable en tant que tel devant le juge, notamment administratif »¹¹⁸⁴.

Ce rapide constat se double de celui de l'incohérence et de l'hétérogénéité du peu d'effets juridiques consentis aux normes non directement applicables. Or, la réflexion n'aboutit à aucun résultat concluant, non pas du fait de la nature des normes non directement applicables, mais du fait des méthodes employées et des concepts utilisés. En effet, les normes non directement applicables sont envisagées par comparaison avec les autres normes et au moyen des mêmes outils. À l'extrême, elles ne sont pas reconnues comme normes juridiques, au terme d'un raisonnement obsolète, comparable à celui privant les préambules constitutionnels de valeur et de portée. Dans cette perspective, les normes non directement applicables ne déterminent pas les conduites humaines, elles déterminent les conduites des autorités normatives. Si l'apparition des normes non directement applicables n'est pas un phénomène nouveau, les repères et les attentes de la société juridique le sont, avec pour conséquences la consécration croissante de droits et des exigences accrues de garanties concrètes, notamment par une protection juridictionnelle. Ainsi, ces nouvelles attentes se heurtent aux points sur lesquels le système n'a pas encore pleinement évolué, tout comme les régimes juridiques du Préambule de la Constitution de 1958, du droit européen et du droit international se heurtaient il y a encore peu, à des écueils similaires.

Le juge, pourtant prompt à l'interprétation constructive dans certains cas, semble se contenter de prendre acte de la situation de nombreuses normes non directement applicables, replié dans son rôle de « *bouche qui prononce la parole de la loi* »¹¹⁸⁵. Toutefois, cette observation ne découle que d'une lecture relativement superficielle des décisions juridictionnelles, dont l'analyse se fonde sur la thèse manichéenne d'une alternative exhaustive entre justiciabilité et injusticiabilité, entre pleine invocabilité et totale absence d'invocabilité des normes. L'invocabilité constitue le trait commun à l'ensemble des normes non directement applicables. Elle

¹¹⁸⁴ KOSCIUSKO-MORIZET N., *op. cit.*, p. 75.

¹¹⁸⁵ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, 1748, Paris, Gallimard, Collection Folio Essais, 1995.

est un élément constant de leur régime contentieux et, conçue comme une manifestation découlant de l'absence d'applicabilité directe, peut servir de critère d'identification.

SECONDE PARTIE : L'INVOCABILITÉ DES NORMES NON DIRECTEMENT APPLICABLES

La question du degré d'applicabilité et de ses conséquences se déplace ainsi naturellement vers celle de l'invocabilité des normes non directement applicables. Si « *en général, la justiciabilité formelle d'une norme dépend de son contenu matériel* »¹¹⁸⁶, la justiciabilité formelle des normes non directement applicables dépend des difficultés de leur invocabilité. L'invocabilité d'un acte juridique, au sens étymologique, désigne la possibilité « d'appeler » cet acte devant une juridiction. La notion d'invocabilité désigne, dans un sens relativement général, la possibilité pour un plaideur de faire valoir en justice, de désigner une règle juridique propre à fonder à ses prétentions, de mettre en avant tout ce qui peut soutenir l'opinion avancée, en tout raisonnement¹¹⁸⁷. L'invocabilité d'une norme est comprise comme sa capacité à fonder les prétentions d'un justiciable, à constituer une partie de l'argumentaire juridique présenté au juge. L'invocabilité, en tant qu'élément technique de nature contentieuse, est traditionnellement appréciée au regard du jeu des deux critères objectif et subjectif de l'applicabilité de la norme juridique. Elle est donc conçue comme étant une conséquence mécanique de la capacité d'une norme à régir une situation contentieuse donnée. L'invocabilité est une notion dépendante du concept de l'applicabilité : elle n'a pas d'existence autonome. Cette conception aboutit au diptyque symétrique représentant un terme positif et un terme négatif à une alternative unique : soit la norme est applicable donc invocable, soit la norme n'est pas applicable donc impossible à invoquer.

Or, il apparaît que cette alternative manichéenne n'est pas véritablement fidèle à la réalité juridique qui révèle en l'invocabilité d'une norme une notion

¹¹⁸⁶ GUSY C., *Les droits sociaux sont-ils nécessairement injusticiables ?*, in *Les droits sociaux ou la démolition de quelques poncifs*, GREWE C. et BENOÎT-ROHMER F. (dir.), P.U.S., 2003, p. 33 à 46, p. 46.

¹¹⁸⁷ CORNU G., *op. cit.*, ve « Invoquer », p. 571.

particulièrement complexe et nuancée. Cette difficulté dans l'appréhension de la notion est renforcée par l'indétermination de la notion elle-même, due à la faiblesse du nombre des travaux qui y sont consacrés. Le sentiment de flou qui entoure l'invocabilité est facilité par l'existence d'autres concepts juridiques proches, imprécisément définis et imprudemment utilisés, tels que l'applicabilité¹¹⁸⁸ et l'opposabilité. Cette dernière désigne, de manière générale, « *l'aptitude d'un droit, d'un acte, d'une situation de droit ou de fait à faire sentir ses effets à l'égard des tiers (...) non en soumettant ces tiers aux obligations directement nées de ces éléments (...), mais en les forçant à reconnaître l'existence des faits, droits et actes dits opposables, à les respecter comme des éléments de l'ordre juridique et à en subir les effets* »¹¹⁸⁹. L'adjectif « opposable » est également utilisé dans le contexte d'une action en justice où il désigne la faculté d'être « *utilement invoqué par un plaideur à l'encontre de son adversaire ; se dit soit d'un acte de procédure régulier (expertise contradictoire), soit d'un droit ou d'un acte substantiel opposable* »¹¹⁹⁰. Ce dernier sens participe de la confusion entre l'invocabilité d'une règle et son opposabilité, la première qualité étant essentiellement contentieuse et désignant un degré supérieur de force dans les effets juridiques que la seconde.

Le constat de l'insuffisante prise de conscience du concept dans sa plénitude, doublé du caractère insatisfaisant des grilles de son analyse mène à étudier, d'une part, la notion d'invocabilité (Titre premier). D'autre part, cette étude révèle la nécessité d'entièrement remanier les conceptions théoriques et pratiques participant à la compréhension de l'invocabilité (Titre second).

¹¹⁸⁸ Pour une analyse de la notion, voir notamment *supra*, « Introduction », spé. p. 41 à 47.

¹¹⁸⁹ CORNU G., *op. cit.*, ve « Opposabilité », p. 706.

¹¹⁹⁰ CORNU G., *op. cit.*, ve « Opposable », premier sens, p. 707. Cf. également le second sens, précité.

TITRE PREMIER : UNE NOTION COMPLEXE

La notion d'invocabilité est entendue de manière particulièrement indéterminée, mais, recouvrant de nombreuses réalités différentes, elle est également très complexe. La notion est essentiellement utilisée pour qualifier la relation entre un justiciable et un élément, tel qu'une norme juridique, sur lequel il entend appuyer ses conclusions. Mais elle est aussi très fortement liée à la nature des prétentions qu'elle sert à étayer. L'emploi de la règle n'est pas de même nature quand le justiciable souhaite l'annulation d'un acte juridique et quand il désire obtenir réparation de son préjudice. La norme invoquée dans ces deux cas n'est pas destinée aux mêmes fonctions juridiques. Plus encore, l'invocabilité, en tant que « mode d'utilisation » de la norme, ne peut réellement se comprendre en-dehors du contexte juridique dans lequel elle évolue. Le raisonnement consistant à déterminer l'applicabilité d'une norme, puis à en déduire l'invocabilité se fonde presque exclusivement sur des éléments endogènes, tels que sa formulation ou son origine. La prise en compte d'un champ plus large, intégrant les éléments juridiques extérieurs à la norme à invoquer, permet d'approfondir l'analyse.

Face aux lacunes de la conception de la notion d'invocabilité, il semble nécessaire d'en étudier les caractéristiques de manière plus étendue en s'intéressant, en premier lieu, à ses différents aspects par une analyse de ses diverses applications juridictionnelles (Chapitre premier). En second lieu, il apparaît indispensable de dépasser l'emploi des critères d'applicabilité en complétant les observations précédentes par l'examen des facteurs conditionnant directement l'invocabilité d'une norme juridique (Chapitre second).

Chapitre premier : L'invocabilité, notion plurielle

Le tracé des grandes lignes de la démonstration établi, il est possible de remarquer que les constats précédents ont déjà été formulés dans le cadre plus restreint du droit de l'Union européenne, notamment des directives. Ainsi, « à une vision dichotomique opposant l'effet direct à l'absence d'effet direct qui donne une vision abusivement simplifiée d'une réalité autrement plus complexe, il faut certainement préférer une présentation davantage nuancée fondée sur une pluralité graduée de la situation en fonction des divers types d'effet que peuvent avoir les normes communautaires »¹¹⁹¹. Ces observations conduisent Denys SIMON à procéder, selon ses propres termes, à une « déconstruction/reconstruction » des effets du droit de l'Union européenne, « autour de la notion de justiciabilité, conçue comme la capacité du juge interne à assurer l'efficacité du droit communautaire et l'effectivité de la protection juridictionnelle de ses sujets »¹¹⁹². Dans le cadre de la présente étude, la justiciabilité est entendue comme la capacité de la norme à faire l'objet d'un jugement par un tiers, à voir ses effets garantis par un juge, et est étroitement liée à la protection juridictionnelle. L'invocabilité des normes européennes y est décomposée en une pluralité de gradations de la justiciabilité qu'elle permet d'obtenir. Cet échelonnage d'une justiciabilité minimale à une justiciabilité maximale se fonde sur une référence unique, l'effectivité de la protection juridictionnelle des sujets du droit de l'Union européenne. Cette présentation est utilisée, à plusieurs reprises, par de nombreux auteurs¹¹⁹³, mais surtout, dans les

¹¹⁹¹ KOVAR R., *La contribution de la Cour de justice à l'édification de l'ordre juridique communautaire*, R.C.A.D.E., IV-1, p. 15, p. 79 ; cité par Denys SIMON, *Le système juridique communautaire*, P.U.F., Collection Droit fondamental, 3^e éd., 2003, p. 437. Ce constat est notamment partagé par Léontin-Jean CONSTANTINESCO, *L'applicabilité directe dans le droit de la CEE*, Bruxelles, Bruylant, 2006, notamment p. 5 à 44 ; également cité, dans son édition originale (Paris, L.G.D.J., 1970), par Denys SIMON.

¹¹⁹² SIMON D., *op. cit.*, p. 437-438.

¹¹⁹³ Voir par exemple GALMOT Y. et BONICHOT J.-C., *La CJCE et la transposition des directives en droit national*, R.F.D.A., 1988, p. 1 ; ALLAND D., *L'applicabilité directe du droit international considérée du point de vue de l'office du juge : des habits neufs pour une vieille dame ?*, R.G.D.I.P., 1998, p. 203 à 244, p. 234 à 238.

conclusions de certains rapporteurs publics, essentiellement sur des décisions relatives aux effets des directives européennes en droit public français¹¹⁹⁴.

Le but de la présente démarche est de reprendre la proposition de « *gradation de l'invocabilité* » de Denys SIMON¹¹⁹⁵, mais en élargissant le champ de l'analyse pour le faire correspondre à celui des normes non directement applicables en droit public français. Cette démarche s'inscrit dans une certaine asymétrie par rapport à la démarche traditionnelle de la doctrine juridique européenne, consistant habituellement à étudier des éléments des droits nationaux et à tenter de les transposer en droit de l'Union européenne. La présentation s'articule autour du degré d'importance des effets de la justiciabilité offerte aux individus. Il est ainsi opportun de distinguer les types d'invocabilité correspondant à une justiciabilité moindre (Section I), de ceux correspondant à une justiciabilité maximale (Section II).

Section I : Les invocabilités correspondant à une justiciabilité moindre

Les invocabilités correspondant à une justiciabilité moindre sont potentiellement plus aisément reconnues aux normes non directement applicables : par définition, il s'agit de faire produire des effets de moindre importance à la norme invoquée. Il est possible de distinguer deux principales séries d'invocabilités, correspondant aux conséquences fondamentales et minimales de toute norme juridique. En premier lieu, l'invocabilité d'interprétation, ou d'interprétation conforme, produit les effets juridiques les moins importants et traduit à l'origine l'obligation d'interpréter le droit national conformément au droit de l'Union européenne, du fait de l'obligation d'exécution du droit européen déduite de la combinaison des actuels articles 288 du T.F.U.E. et 4 paragraphe 3 du T.U.E.

¹¹⁹⁴ Tel est notamment le cas du Rapporteur public Mattias GUYOMAR, concl. sur CE Ass. 30 octobre 2009, *Mme Perreux*, R.F.D.A., p. 1125 à 1145, spé. p. 1129 à 1131. Un embryon de distinction est également opéré en mentionnant l'invocabilité de substitution, hors le cadre du droit de l'Union européenne, par le commissaire du Gouvernement Yann AGUILA, concl. sur CE Ass. 3 octobre 2008, *Commune d'Annecy*, R.F.D.A., p. 1147 à 1157, spé p. 1154.

(Paragraphe I). En second lieu, l'invocabilité d'exclusion vise à écarter l'application de tout acte juridique contraire à une norme supérieure, notamment au droit de l'Union européenne, en conséquence du principe de légalité ou de primauté (Paragraphe II).

Paragraphe I : L'invocabilité d'interprétation

L'invocabilité d'interprétation désigne la situation dans laquelle le requérant demande au juge d'interpréter le droit positif de manière à permettre l'application effective de la norme invoquée. La substance juridique du moyen soulevé se compose ainsi principalement de l'énoncé de la norme invoquée, et subsidiairement d'une orientation spécifique du sens à donner à cet énoncé, obtenue par l'interprétation. La sophistication du mécanisme de l'invocabilité d'interprétation exige d'en déterminer les applications réelles et potentielles (A), avant d'en envisager les effets (B).

A - La détermination de l'invocabilité d'interprétation

L'invocabilité d'interprétation trouve son fondement et son origine principale dans les exigences issues du droit européen, qui se sont progressivement intégrées au système juridique français (1). Une analyse de la genèse de ce mécanisme mène à en envisager les contours et à constater qu'il est particulièrement adapté à la structure juridique des normes non directement applicables (2).

¹¹⁹⁵ Principalement détaillée dans *Le système juridique communautaire*, P.U.F., Collection Droit fondamental, 3^e éd., 2003, p. 437 à 447, mais aussi, sous l'angle du contrôle juridictionnel de l'application des directives, dans *La directive européenne*, Paris, Dalloz, Connaissance du droit, 1997, en particulier p. 86 à 107.

1. Les fondements originels de l'invocabilité d'interprétation

La technique de l'interprétation conforme est ancienne et constitue un élément de la doctrine MATTER¹¹⁹⁶. L'invocabilité d'interprétation dérive à l'origine de l'exigence selon laquelle le juge interne est tenu d'interpréter le droit national de manière à permettre l'application effective du droit européen. Le germe de cette exigence se manifeste dès les années 1970 dans la jurisprudence de la Cour de justice au sujet de l'application des directives¹¹⁹⁷. La Cour établit ensuite une obligation pesant sur les juridictions nationales, juges de droit commun du droit européen, d'interpréter le droit interne « à la lumière du texte et de la finalité de la directive »¹¹⁹⁸. Cette jurisprudence repose sur le double fondement de l'obligation de réaliser les prescriptions de la directive en droit interne, et de l'effet contraignant du droit européen¹¹⁹⁹, qui s'impose notamment aux organes juridictionnels. L'obligation vaut pour toute norme européenne¹²⁰⁰, à l'égard du droit national, quelle que soit sa date

¹¹⁹⁶ Issue du nom de Paul MATTER, Procureur général près la Cour de cassation, qui pose des règles de résolution des conflits entre loi et traité international, appliquées par le juge judiciaire jusqu'en 1975 et par le juge administratif jusqu'en 1989. Au début des années 1930, enjoignant au juge français de connaître « d'autres volontés que celle de la loi », Paul MATTER propose d'utiliser l'adage *lex posterior derogat priori* en faisant primer la loi postérieure sur le traité, et en tentant de résoudre le conflit entre la loi interne et le traité postérieur, au besoin en interprétant l'un et l'autre pour permettre leur conciliation. Cass. civ. 22 décembre 1931, *Sanchez c. Gozland*, S., 1932, I, p. 257 ; J.D.I., 1932, p. 683, concl. P. MATTER.

¹¹⁹⁷ Pour un début de reconnaissance implicite, voir CJCE 12 novembre 1974, *Friedrich Haaga GmbH*, 32/74, Rec. p. 1201, spé. point 6, p. 1207. CJCE 20 mai 1976, *Impresa costruzioni comm. Quirino Mazzalai c. Ferrovie del Renon*, 111/75, Rec. p. 657, spé. point 10, p. 666 : « indépendamment des effets de la directive, dans des cas tels que celui d'espèce, une interprétation de la directive peut être utile au juge national afin d'assurer à la loi prise pour l'application de celle-ci une interprétation et application conformes aux exigences du droit communautaire ».

¹¹⁹⁸ CJCE 10 avril 1984, *Sabine von Colson et Elisabeth Kamann c. Land Nordrhein-Westfalen*, 14/83, Rec. p. 1891, point 26, p. 1909.

¹¹⁹⁹ Conformément aux exigences de la combinaison de l'article 288 du T.F.U.E. et de l'article 4 paragraphe 3 du T.U.E.

¹²⁰⁰ Pour un exemple concernant le droit primaire, voir CJCE 4 février 1988, *Mary Murphy et autres c. An Bord Telecom Eireann*, 157/86, Rec. p. 673 ; cité par Denys SIMON, *op. cit.*, p. 439.

d'entrée en vigueur par rapport à celle de la norme européenne en cause¹²⁰¹. Plus encore, les décisions ultérieures de la Cour de Luxembourg enseignent que l'exigence d'interprétation conforme est totalement indépendante de l'éventuel effet direct de la norme européenne dans le litige national, dans la mesure où elle est applicable à une situation de litige horizontal, entre personnes privées, dans le cadre de laquelle la question de la reconnaissance d'un effet direct ne peut qu'être écartée¹²⁰². Denys SIMON¹²⁰³ ajoute que « *le jeu de l'invocabilité d'interprétation conforme connaît cependant une limite majeure : en vertu des principes généraux du droit, et notamment du principe de légalité des délits et des peines, le juge national ne peut être tenu de procéder à une application du droit national conforme aux dispositions de la directive, si cette interprétation a pour effet d'introduire ou d'aggraver les sanctions, et notamment les sanctions pénales susceptibles d'être appliquées aux auteurs des infractions aux dispositions de la directive non transposée en droit interne* »¹²⁰⁴.

¹²⁰¹ L'obligation d'interprétation conforme concerne également le droit édicté antérieurement à l'entrée en vigueur de la norme européenne en cause, CJCE 13 novembre 1990, *Marleasing SA c. La Comercial Internacional de Alimentación SA*, 106/89, Rec., I, p. 4135, spé. point 8, p. 4159 : « *l'obligation des États membres, découlant d'une directive, d'atteindre le résultat prévu par celle-ci ainsi que leur devoir, en vertu de l'article 5 du traité, de prendre toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution de cette obligation s'imposent à toutes les autorités des États membres, y compris, dans le cadre de leurs compétences, les autorités juridictionnelles. Il s'ensuit qu'en appliquant le droit national, qu'il s'agisse de dispositions antérieures ou postérieures à la directive, la juridiction nationale appelée à interpréter est tenue de le faire dans toute la mesure du possible à la lumière du texte et de la finalité de la directive pour atteindre le résultat visé par celle-ci et se conformer ainsi à l'article 189, troisième alinéa, du traité* ». Voir également CJCE 24 septembre 1998, *Walter Tögel c. Niederösterreichische Gebietskrankenkasse*, C-76/97, Rec., I, p. 5357 ; et, CJCE 24 septembre 1998, *EvoBus Austria GmbH c. Niederösterreichische Verkehrsorganisations GmbH*, C-111/97, Rec., I, p. 5411 ; Europe, n° 353, comm. M. PIETRI et D. SIMON.

¹²⁰² CJCE 13 novembre 1990, *Marleasing SA c. La Comercial Internacional de Alimentacion SA*, précité, spé. points 6 à 9, p. 4158-4159. Voir également CJCE 7 décembre 1995, *Luigi Spano et autres c. Fiat Geotech SpA et Fiat Hitachi Excavators SpA*, C-472/93, Rec., I, p. 4321 ; et CJCE 7 décembre 1995, *Rockfon A/S c. Specialarbejderforbundet i Danmark (mandataire de Søren Nielsen et autres)*, C-449/93, Rec., I, p. 4291 ; Europe, 1996, n° 66, comm. D. SIMON. CJCE 17 septembre 1997, *Dorsch Consult Ingenieuresellschaft mbH c. Bundesbaugesellschaft Berlin mbH*, C-54/96, Rec., I, p. 4961 ; Europe, n° 335, comm. A. RIGAUX et D. SIMON. CJCE 23 février 1999, *Bayerische Motorenwerke AG (BMW) et BMW Nederland BV c. Ronald Karel Deenik*, C-63/97, Rec., I, p. 905. CJCE 27 juin 2000, *Oceano Grupo Editorial SA c. Roció Murciano Quintero et Salvat Editores SA c. José M. Sánchez Alcón Prades et autres*, aff. jointes C-240/98 à C-244/98, Rec., I, p. 4941 ; Europe, n° 280, comm. L. IDOT. CJCE 14 septembre 2000, *Renato Collino et Luisella Chiappero c. Telecom Italia SpA*, C-343/98, Rec., I, p. 6659.

¹²⁰³ SIMON D., *Le système juridique communautaire*, P.U.F., Collection Droit fondamental, 3^e éd., 2003, p. 440.

¹²⁰⁴ CJCE 17 juin 1987, *Pretore di Salò c. X*, 14/86, Rec. p. 2545 ; CJCE 8 octobre 1987, *Procédure pénale contre Kolpinghuis Nijmegen BV*, 80/86, Rec. p. 3969, spé. point 13, p. 3986 ; CJCE 26 septembre 1996, *Procédure pénale contre Luciano Arcaro*, C-168/95, Rec., I, p. 4705 ; CJCE 12 décembre 1996, *Procédures pénales contre X*, aff. jointes C-74/95 et C-129/95, Rec., I, p. 6609.

Cette jurisprudence est pleinement reprise par les juridictions des États membres. Le juge administratif français l'applique, et effectue l'opération d'interprétation conforme du droit interne, comme en témoigne l'affaire *Ministre du Budget c. Cercle militaire mixte de la caserne Mortier* du 22 décembre 1989¹²⁰⁵. Mais il est nécessaire de préciser que certains éléments de l'espèce sont particuliers, ce particularisme n'étant pas sans incidence sur la question de l'invocabilité d'interprétation de la directive concernée. Ainsi, l'acte juridique devant être apprécié « à la lumière du texte et de la finalité de la directive » était en réalité une loi de transposition de cette directive. Le commissaire du Gouvernement Marie-Dominique HAGELSTEEN précise que la Section du contentieux est amenée à déterminer les conséquences à déduire du silence du législateur lorsqu'il n'a pas repris les orientations fixées par une directive européenne de manière exhaustive¹²⁰⁶. Après avoir rapidement envisagé les différentes hypothèses de contrôle de conventionnalité de la loi à l'égard de la directive, Marie-Dominique HAGELSTEEN relève que « le Conseil d'État refuse de faire produire un effet direct aux directives »¹²⁰⁷, comme en témoigne la jurisprudence *Cohn-Bendit* étendue à la matière fiscale¹²⁰⁸, ce qui constitue une raison supplémentaire d'interpréter la loi conformément à de telles dispositions au regard de la jurisprudence de la Cour de justice. Elle poursuit en

¹²⁰⁵ CE Sect. 22 décembre 1989, *Ministre du Budget c. Cercle militaire mixte de la caserne Mortier*, Rec. p. 260 ; A.J.D.A., 1990, p. 328, concl. M.-D. HAGELSTEEN : « aux termes de l'article 256 B du code général des impôts dans sa rédaction résultant de l'article 24 de la loi n° 78-1240 du 29 décembre 1978 : "Les personnes morales de droit public ne sont pas assujetties à la taxe sur la valeur ajoutée pour l'activité de leurs services administratifs, sociaux, éducatifs, culturels et sportifs lorsque leur non-assujettissement n'entraîne pas de distorsions dans les conditions de la concurrence. Ces personnes morales sont assujetties, en tout état de cause, pour les opérations suivantes : ... opérations des économats et établissements similaires..." ; que ces dispositions, prises pour l'adaptation de la législation nationale à la directive n° 77/388/CEE du 17 mai 1977 dont l'article 4 paragraphe 5 prévoit que les organismes de droit public ont, en tout état de cause, la qualité d'assujettis à la taxe sur la valeur ajoutée "pour les opérations énumérées à l'annexe D...", au nombre desquelles figurent, notamment, "les opérations des cantines d'entreprises, économats, coopératives et établissements similaires", doivent être interprétées en ce sens que les personnes morales de droit public sont en tout état de cause assujetties à la taxe sur la valeur ajoutée à raison des opérations de leurs cantines et établissements similaires ». Voir aussi CE 29 décembre 1995, *Société Sudfer*, Rec. p.465 ; CE 29 juin 2001, *Société anonyme Banque Sud Améris*, Rec. p. 315 ; R.J.F., n° 1217, p. 811, concl. G. GOULARD ; Dr. fisc., 1056, concl.

¹²⁰⁶ Conclusions, précitées, p. 329.

¹²⁰⁷ Conclusions, précitées, p. 331.

¹²⁰⁸ CE 28 novembre 1980, *Société Sovincast*, Rec., Tables, p. 661 ; R.J.F., février 1981, n° 121 ; CE 25 février 1981, *Union nationale des syndicats français d'architectes*, Rec., Tables, p. 671 ; R.J.F. mai 1981, n° 429 ; CE Ass. 29 juillet 1983, *M. Cibaud*, Rec. p. 322 ; R.J.F., octobre 1983, n° 1172 ; Dr. fisc., 1984, n° 6, comm. 235, p. 246, concl. C. SCHRICKE ; CE 25 mars 1987, *Société anonyme X*, n° 59394, R.J.F., juin 1987, n° 618.

expliquant que la résolution de l'affaire peut se fonder sur la présomption selon laquelle le législateur ne peut avoir voulu se soustraire aux obligations découlant pour lui d'engagements internationaux¹²⁰⁹. La circonstance que la directive européenne ne produise pas d'effet direct semble ici favoriser son invocabilité d'interprétation. Plus encore, toujours en matière fiscale, la Haute juridiction a considéré comme abrogée une loi du fait de son incompatibilité avec une loi postérieure de transposition, telle qu'interprétée conformément à la directive européenne qu'elle entend transposer par une décision de 1991¹²¹⁰. La jurisprudence récente du juge administratif va plus loin, en citant explicitement l'obligation d'interprétation conforme du droit européen¹²¹¹, et en en tirant des conséquences sur l'action administrative. En effet, la Section du contentieux du Conseil d'État accepte de connaître du refus du Premier ministre d'engager la procédure de délégalisation prévue au second alinéa de l'article 37 de la Constitution pour procéder par décret à la modification d'un texte de forme législative, au motif que, « *eu égard aux exigences inhérentes à la hiérarchie des normes ainsi qu'à l'obligation pour les autorités nationales d'assurer l'application du droit communautaire, il incombait au Premier ministre, saisi de demandes en ce sens, de tirer les conséquences de ce que, en l'état des connaissances scientifiques, la quasi-totalité des dispositions de la loi du 15 juillet 1994 fixant les dates de*

¹²⁰⁹ CE Ass. 2 mai 1975, *Sieur Mathis*, Rec. p. 279.

¹²¹⁰ CE 9 janvier 1991, *Ministre du Budget c. Société coopérative « Caisse mobilière commerciale et industrielle »*, Rec. p. 7.

¹²¹¹ CE 8 décembre 2000, *Commune de Breil-sur-Roya*, Rec. p. 582 ; A.J.D.A., 2001, p. 775, note J.-M. FÉVRIER ; Dr. rur., n° 297, novembre 2001, p. 545, note M. CARIUS : « *il appartient aux autorités administratives nationales, sous le contrôle du juge, d'exercer les pouvoirs qui leur sont conférés par la loi en leur donnant, dans tous les cas où elle se trouve dans le champ d'application d'une règle communautaire, une interprétation qui soit conforme au droit communautaire* ». CE 20 avril 2005, *Association pour la protection des animaux sauvages et autres*, Rec., Tables, p. 975 ; A.J.D.A., p. 1398, note J.-M. PONTIER. Voir également CE 1^{er} avril 2009, *Communauté urbaine de Bordeaux, société Keolis*, Rec. p. 110 ; B.J.C.P., n° 65, p. 268, concl. B. DACOSTA ; J.C.P., A., 2148, note F. DIEU ; A.J.D.A., p. 1889, note F. TRAIN ; D.A., comm. 68, p. 31, note L. BATOUE ; R.D.P., 2010, p. 217, note G. ECKERT ; et CE 23 juillet 2010, *Association pour la protection des animaux sauvages et Association France Nature environnement*, n° 324320, inédit au Recueil Lebon.

clôture de la chasse aux oiseaux migrateurs étaient incompatibles avec les objectifs de l'article 7 paragraphe 4 de la directive n° 79-409/CEE du 2 avril 1979 »¹²¹².

2. Une invocabilité au mécanisme particulièrement adapté aux normes non directement applicables

L'invocabilité d'interprétation est un mécanisme juridictionnel dont le champ d'application potentiel dépasse très aisément le contexte juridique européen¹²¹³. Ainsi, en matière d'aide sociale, l'Assemblée du Conseil d'État admet l'utilisation de cette technique pour une norme constitutionnelle non directement applicable : « *eu égard aux exigences résultant du onzième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, auquel se réfère le Préambule de la Constitution en vertu duquel la nation garantit à tous la protection de la santé, les dispositions du code de l'action sociale et des familles doivent être interprétées comme imposant également de déduire de cette assiette, soit la part des tarifs de sécurité sociale restant à la charge des assurés sociaux du fait des dispositions législatives et réglementaires et le forfait journalier prévu par l'article L. 174-4 du code de la sécurité sociale, soit les cotisations d'assurance maladie complémentaire nécessaires à la couverture de*

¹²¹² CE Sect. 3 décembre 1999, *Association ornithologique et mammalogique de Saône-et-Loire et Rassemblement des opposants à la chasse*, et CE Sect. 3 décembre 1999, *Association ornithologique et mammalogique de Saône-et-Loire et Association France Nature environnement*, Rec. p. 379 et p. 381, concl. F. LAMY ; R.F.D.A., 2000, p. 59, concl., p. 409 note L. DUBOUIS, p. 664 note L. FAVOREU, p. 668 note B. G., p. 676 note D. DE BÉCHILLON, et p. 678 note G. CARCASSONNE ; A.J.D.A., 2000, p. 120, chron. M. GUYOMAR et P. COLLIN ; D., 2000, p. 272, note G. TOULEMONDE ; J.C.P., G., 2000, I, chron. n° 251, p. 1543, note C. BOITEAU ; R.A., 2000, n° 316, p. 359, note J. FAVRE ; R.D.P., 2000, p. 289, note P. CASSIA et E. SAULNIER ; Rev. Marché Commun, 2000, p. 533, note F. CHALTIEL ; L.P.A., n° 30, 11 février 2000, p. 17, note R. ROMI ; L.P.A., n° 47, 7 mars 2000, p. 16, note A. ROBLOT ; Gaz. Pal, 2000, Doctr., p. 272, étude J.-G. HUGLO ; G.A.J.A. n° 103.

¹²¹³ L'interprétation du droit interne conformément aux stipulations internationales pourvues ou non d'effet direct est une technique utilisée par de nombreuses juridictions. CJCE 10 septembre 1996, *Commission c. Allemagne*, C-61/94, Rec., I, p. 3989, spé. point 52, p. 4020-4021 : « *lorsqu'un texte de droit communautaire dérivé exige une interprétation, il doit être interprété, dans la mesure du possible, dans le sens de sa conformité avec les dispositions du traité. Un règlement d'exécution doit également faire l'objet, si possible, d'une interprétation conforme aux dispositions du règlement de base (voir arrêt du 24 juin 1993, Dr Tretter, C-90/92, Rec. p. I-3569, point 11). De même, la primauté des accords internationaux conclus par la Communauté sur les textes de droit communautaire dérivé commande d'interpréter ces derniers, dans la mesure du possible, en conformité avec ces accords* ». Pour des exemples de droit comparé, voir Conseil d'État belge, 17 mars 2011, *Centre public d'action sociale d'Ixelles*, n° 211997, p. 12 ; ou Tribunal suprême espagnol, 8 septembre 2009, STS 5378/2009 ; ou encore Cour suprême des Pays-Bas, 16 novembre 1990, NJ 1992, § 3.2.3.

ces dépenses »¹²¹⁴. Il est possible de constater de nombreuses manifestations dans la jurisprudence du Conseil d'État d'une volonté croissante d'interpréter la loi conformément aux normes supérieures, notamment à la Constitution¹²¹⁵.

Cependant, une étude approfondie des solutions adoptées par la juridiction administrative révèle certaines disparités dans le potentiel d'invocabilité d'interprétation des normes constitutionnelles, européennes ou internationales. En effet, l'interprétation conforme de la loi aux référents que constituent le bloc de constitutionnalité ou les normes européennes, jouit d'un potentiel d'invocabilité supérieur. Cette importance découle tant de l'existence que de la jurisprudence de la Cour de Luxembourg et du Conseil constitutionnel. Il est important de mentionner les considérables effets de la technique¹²¹⁶ des réserves d'interprétation développée par le Conseil, qu'elles soient de nature neutralisante, directive¹²¹⁷ ou constructive¹²¹⁸. Lorsque la réserve d'interprétation est constitutive d'une condition de la conformité de la loi à la Constitution, elle est un motif nécessaire au soutien du dispositif et s'impose « *aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles* »¹²¹⁹ au stade de l'application de la loi. Les autorités infralégislatives sont donc tenues d'appliquer le texte en intégrant la signification qui en conditionne la conformité au bloc de constitutionnalité. L'utilisation de la technique de la réserve

¹²¹⁴ CE Ass. 14 décembre 2007, *Département de la Charente-Maritime*, Rec. p. 472 ; R.D.S.S., 2008, p. 133, concl. L. DEREPAIS ; A.J.D.A., 2008, p. 544, note F. TOURETTE. Voir également, CE 12 mars 2010, *Département du Calvados*, n° 307443, inédit au Recueil Lebon.

¹²¹⁵ GENEVOIS B., *Le Conseil d'État et l'interprétation de la loi*, R.F.D.A., 2002, p. 877 à 886, spé. p. 882 à 885. Ce constat est partagé par le commissaire du Gouvernement Luc DEREPAIS, se référant à l'article de Bruno GENEVOIS, dans ses conclusions sur l'affaire *Département de la Charente-Maritime*, précitées, p. 140-141.

¹²¹⁶ Sur cette qualification, retenue par de nombreux auteurs, voir BOULET M., *La problématique de l'application des réserves d'interprétation du Conseil constitutionnel*, La Tribune du Droit public : revue semestrielle de droit public général, 2005, n° 17, p. 5, spé. p. 9-10.

¹²¹⁷ Ces directives sont adressées au législateur (CC n° 2005-528 DC, 15 décembre 2005, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2006*, Rec. p. 157, considérant 24, p. 162), au pouvoir réglementaire (CC n° 2004-504 DC, 12 août 2004, *Loi relative à l'assurance maladie*, Rec. p. 153, considérant 13, p. 156), et aux juges (pour le juge judiciaire, voir CC n° 2004-510 DC, 20 janvier 2005, *Loi relative aux compétences du tribunal d'instance, de la juridiction de proximité et du tribunal de grande instance*, Rec. p. 41, considérants 16 et 17, p. 45).

¹²¹⁸ Selon la classification tripartite établie par la doctrine et largement admise. En revanche, de nombreux auteurs ont approfondis cette classification. Pour une synthèse, voir BOULET M., *op. cit.*, spé. p. 6.

¹²¹⁹ Selon les termes du troisième alinéa de l'article 62 de la Constitution.

d'interprétation de nature directive a ainsi pour effet, dans un nombre important de cas, de poser un ensemble de consignes, voire d'injonctions, à destination des autorités amenées à appliquer la loi¹²²⁰. Ainsi, « si la fonction des réserves d'interprétation est de permettre à la loi d'être déclarée conforme, parce qu'elle en conditionne la conformité, c'est que ces réserves n'ont pas le caractère de motifs qui justifient la conformité de la loi, elles ont plutôt un caractère normatif en ce sens que l'application constitutionnellement correcte de la loi ne peut se faire qu'en respectant les réserves d'interprétation »¹²²¹. Toutefois, en-dehors des cas d'application de l'article 62 de la Constitution, le juge administratif prend en compte la jurisprudence du Conseil constitutionnel, mais de manière plus diffuse¹²²², en s'appuyant sur le sens donné par le Conseil tant aux règles constitutionnelles¹²²³ qu'aux textes de loi dont il a eu à connaître.

C'est ainsi que, par la décision *Haut commissaire de la République en Nouvelle-Calédonie*¹²²⁴, l'Assemblée du contentieux s'inspire du raisonnement développé par le Conseil constitutionnel pour annuler pour incompétence une délibération de l'Assemblée de la province des Îles Loyauté, relative aux procédures de déclaration des associations et de suivi des dossiers. Dans cette affaire, il est question de savoir si l'assemblée d'une province de Nouvelle-Calédonie est compétente pour décider que les associations soient déclarées auprès du président de la province aux lieu et place des services de l'État¹²²⁵. Aux termes de la loi statutaire, la province « est compétente dans toutes les matières qui ne sont pas réservées, soit par la présente loi, à l'État et au territoire, soit par la législation en vigueur, aux communes ». La seule dérogation possible

¹²²⁰ Comme le démontre Alexandre VIALA, *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, L.G.D.J., Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, t. 92, 1999, spé. p. 66 à 92.

¹²²¹ DRAGO G., *L'exécution des décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1991, p. 159, cité par A. VIALA, *op. cit.*, p. 66.

¹²²² Comme le relève notamment Bruno GENEVOIS, *Le Conseil d'État et l'interprétation de la loi*, R.F.D.A., 2002, p. 877 à 886, spé. p. 884.

¹²²³ Auxquelles le Conseil ajoutent parfois des éléments déterminant de sens, comme le relève Pierre PACTET, *Libres réflexions sur les interprétations « constitutives » du juge constitutionnel français*, C.C.C., 2005, n° 19, p. 133 à 138, spé. p. 136.

¹²²⁴ CE Ass. 29 avril 1994, *Haut commissaire de la République en Nouvelle-Calédonie*, Rec. p. 205 ; R.F.D.A., p. 947, concl. M. DENIS-LINTON ; A.J.D.A., p. 558, chron. C. MAUGÜÉ et L. TOUVET ; D., 1995, Jurispr., p. 242, note G. ORFILA.

¹²²⁵ Comme le prévoit l'article 5 de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association, J.O.R.F. du 2 juillet 1901, p. 4025, dans sa version initiale.

pourrait résulter de l'existence d'une compétence exclusive et hiérarchiquement supérieure de l'État pour définir et fixer les conditions d'exercice des libertés publiques. Comme l'explique le commissaire du Gouvernement Martine DENIS-LINTON¹²²⁶, un tel raisonnement peut se fonder sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel, qui affirme que, « *si le principe de libre administration des collectivités territoriales a valeur constitutionnelle, il ne saurait conduire à ce que les conditions essentielles d'application d'une loi organisant l'exercice d'une liberté publique dépendent de décisions des collectivités territoriales et, ainsi, puissent ne pas être les mêmes sur l'ensemble du territoire* »¹²²⁷. Par ailleurs, dans le cas des réserves dites « par ricochet », que le Conseil émet dans le cadre d'une saisine portant sur un texte A, mais qui portent sur un texte B (antérieur au texte A), le Conseil d'État s'en tient à une lecture stricte de l'article 62 de la Constitution, tout en veillant à respecter la démarche du Conseil constitutionnel et le sens de la réserve¹²²⁸.

¹²²⁶ « Un tel raisonnement pourrait se prévaloir de la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui a affirmé, dans sa décision du 18 janvier 1985 à propos de la loi du 22 juillet 1983 relative aux rapports entre l'État et les collectivités territoriales en matière de liberté d'enseignement, que "si le principe de libre administration des collectivités territoriales a valeur constitutionnelle, il ne saurait conduire à ce que les conditions essentielles d'application d'une loi organisant l'exercice d'une liberté publique dépendent de décisions des collectivités territoriales et, ainsi, puissent ne pas être les mêmes sur l'ensemble du territoire". On retrouve cette formule à l'identique dans la décision récente du 13 janvier 1994 sur la conformité à la Constitution de la loi relative aux conditions de l'aide aux investissements des établissements d'enseignement privés par les collectivités locales qui concilient les principes à valeur constitutionnelle d'égalité et de libre administration des collectivités locales. Le Conseil constitutionnel n'affirme pas l'incompétence des collectivités locales à agir en ce domaine, mais il considère que la loi a insuffisamment encadré ce transfert de compétences de telle sorte que les conditions essentielles de l'exercice de la liberté d'enseignement pourraient, en l'absence de critères objectifs, être différentes, d'une part, entre les collectivités elles-mêmes, et entre établissements privés et publics, d'autre part », DENIS-LINTON M., concl. sur CE Ass. 29 avril 1994, *Haut commissaire de la République en Nouvelle-Calédonie*, R.F.D.A., 1994, p. 947 à 954, p. 950.

¹²²⁷ CC n° 84-185 DC, 18 janvier 1985, *Loi modifiant et complétant la loi n° 83-663 du 22 juillet 1983 et portant dispositions diverses relatives aux rapports entre l'État et les collectivités territoriales*, Rec. p. 36, considérant 18, p. 40. Voir également CC n° 93-329 DC, 13 janvier 1994, *Loi relative aux conditions de l'aide aux investissements des établissements d'enseignement privés par les collectivités territoriales*, Rec. p. 9, considérant 27, p. 15.

¹²²⁸ Comme le démontre Jacques ARRIGHI DE CASANOVA, *L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel vue du Conseil d'État*, N.C.C.C., 2011, n° 30, p. 23 à 29, spé. p. 26-27 : la réserve « par ricochet » formulée par le Conseil constitutionnel à propos de la loi de modernisation sociale (CC n° 2001-455 DC, 12 janvier 2002, *Loi de modernisation sociale*, Rec. p. 49) ne fait l'objet d'aucune référence dans la décision *Lesourd* du Conseil d'État (CE Sect. 22 juin 2007, *Lesourd*, Rec. p. 253, concl. T. OLSON ; R.F.D.A., p. 1077, concl., p. 1287, chron. A. ROBLOT-TROIZIER ; A.J.D.A., p. 2130, chron. J. BOUCHER et B. BOURGEOIS-MACHUREAU ; C.F.P., n° 271, p. 40, comm. M. GUYOMAR ; D.A., octobre 2007, n° 140, comm. F. MELLERAY ; J.C.P., A., 2255, note P. CASSIA), qui en respecte pourtant le sens.

En revanche, l'exercice d'une telle faculté obéit à d'autres contraintes pour les normes d'origine internationale, en ce que l'office du juge n'est pas de la même ampleur¹²²⁹. L'interprétation de la loi en conformité à la Constitution par le juge administratif peut se heurter à son incompétence pour l'exercice du contrôle de constitutionnalité en-dehors de la procédure de question prioritaire de constitutionnalité. Le cadre du contrôle de conventionnalité ne présente pas d'obstacle comparable, et s'avère propice à des constructions juridiques plus audacieuses. Ce n'est que lorsque l'interprétation est impossible que le juge est contraint d'écarter l'application de la norme interne contraire. Cette impossibilité se manifeste quand l'interprétation donnée à la règle en dénature le sens, quand elle aboutit à une « réécriture » du texte par le juge au lieu et place de l'autorité normative compétente. La technique de l'interprétation conforme – voire « neutralisante » – du droit interne est désormais employée dans de nombreuses affaires tant par le juge administratif que par le juge judiciaire et connaît un intérêt particulier dans les cas d'application du droit de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales¹²³⁰. Cette position se situe dans la ligne de la présomption, déduite de l'arrêt *Sieur Mathis*¹²³¹, selon laquelle le législateur « ne peut avoir voulu se soustraire aux obligations découlant pour lui d'engagements internationaux »¹²³², et qui devrait, selon toute logique, faciliter l'invocabilité d'interprétation du droit international. Mais la lecture de la formulation de l'arrêt *Sieur Mathis* peut également mener à considérer qu'en fait de présomption,

¹²²⁹ Pourtant, l'interprétation du droit interne conformément aux stipulations internationales pourvues ou dépourvues d'effet direct par le juge administratif est une pratique courante et relativement ancienne : CE 7 avril 1965, *Secrétaire d'État au commerce extérieur c. Hurni*, Rec. p. 226 ; CE 27 janvier 1978, *Association France Terre d'Asile*, Rec. p. 33.

¹²³⁰ Comme le démontre Bruno GENEVOIS, *Le Conseil d'État et l'interprétation de la loi*, R.F.D.A., 2002, p. 877 à 886, p. 884-885. Cette position peut créer des difficultés, la Cour E.D.H. ne pouvant se satisfaire d'une interprétation neutralisante alors qu'une exclusion serait possible, comme en témoigne les affaires relatives au régime des publications de provenance étrangère (citée par Bruno GENEVOIS) : CE Sect. 9 juillet 1997, *Association Ekin* (Rec. p. 300 ; R.F.D.A., p. 1284, concl. M. DENIS-LINTON, p. 1291, note B. PACTEAU ; L.P.A., n° 137, 14 novembre 1997, p. 19, note E. TAMION ; A.J.D.A., 1998, p. 374, note M.-F. VERDIER ; R.D.P., 1998, p. 539, note P. WACHSMANN), et CEDH 17 juillet 2001, *Association Ekin c. France*, n° 39288/98 (R.T.D.H., 2002, p. 685, note DE FONTBRESSIN ; A.J.D.A., 2002, p. 52, note F. JULIEN-LAFERRIÈRE ; L.P.A., n° 39, 22 février 2002, note L. PECH).

¹²³¹ CE Ass. 2 mai 1975, *Sieur Mathis*, Rec. p. 279.

¹²³² Cette présomption est mentionnée par le commissaire du Gouvernement M.-D. HAGELSTEEN, dans ses conclusions sur CE Sect. 22 décembre 1989, *Ministre du Budget c. Cercle militaire mixte de la caserne Mortier*, A.J.D.A., 1990, p. 328 à 333, spé. p. 331.

le Conseil d'État a surtout cherché s'il existait une manifestation de la volonté du législateur d'exclure une catégorie de personnes du bénéfice des prestations, sans pour autant établir une telle présomption¹²³³.

En outre, il est utile de préciser que la technique de l'interprétation conforme est également employée, dans d'autres États, en-dehors du cadre de l'application du droit de l'Union européenne. Par exemple, l'article 16 la Constitution portugaise du 2 avril 1976, relatif à la portée et au sens des droits fondamentaux, prévoit en son alinéa premier que « *les droits fondamentaux consacrés par la Constitution n'excluent aucun des autres droits provenant des lois et des règles de droit international applicables* », consacrant ainsi un catalogue ouvert de droits fondamentaux, et ajoute, en son alinéa second, que « *les normes constitutionnelles et légales se rapportant aux droits fondamentaux doivent être interprétées et appliquées conformément à la Déclaration universelle des droits de l'homme* ». Or, la Déclaration universelle des droits de l'homme est un acte déclaratif, elle n'est pas source d'obligations juridiques en ce qu'elle ne bénéficie pas d'un statut de droit positif. Cette valeur extra-juridique est confirmée par la volonté de l'Assemblée générale des Nations Unies de créer une Charte des droits de l'homme pourvue de force obligatoire. Après de longues négociations, ce projet a abouti à l'édition du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels. Le constituant portugais pose par l'article 16 une obligation d'interprétation conforme s'appliquant aux normes relatives aux droits fondamentaux. Cette technique de substitution se fonde sur la reconnaissance volontaire de certains effets juridiques à la Déclaration universelle des droits de l'homme.

Enfin, les éléments d'application précédents enseignent que l'invocabilité d'interprétation est une technique contentieuse distincte de celles nécessitant un contrôle de compatibilité entre deux normes. En effet, l'opération de contrôle de légalité suppose de comparer deux règles juridiques, il y a donc un acte juridique

¹²³³ CE Ass. 2 mai 1975, *Sieur Mathis*, Rec. p. 279 : « *il ne ressort ni des termes, ni des travaux préparatoires de la loi du 26 décembre 1964 que le législateur ait entendu exclure du bénéfice de ses dispositions les étrangers qui, pour une catégorie déterminée de prestations, sont en mesure de se prévaloir d'une convention internationale qui leur confère le même droit que les ressortissants français aux avantages sociaux prévus par la législation française* ».

contesté et un acte juridique invoqué, ce dernier étant nécessairement d'une valeur formelle supérieure à l'autre. Dans le cadre du mécanisme de l'interprétation conforme, il ne s'agit pas d'invoquer un ou plusieurs actes juridiques formels, mais le résultat, matériel, d'une combinaison de normes¹²³⁴. Une norme A est employée comme guide d'interprétation d'une norme B. La norme A n'est pas un référent du contrôle, mais une orientation de la réflexion juridique qui peut avoir pour rôle d'apporter un complément de sens à la norme B. L'interprétation aboutie consiste soit en une addition des dispositions respectives des deux règles, soit en une nouvelle disposition juridique matérielle, née de la fusion des normes A et B. Le mécanisme de l'interprétation conforme peut s'opérer entre normes de même valeur juridique¹²³⁵ ou entre une norme A de valeur supérieure à celle de la norme B. Cette technique est donc particulièrement adaptée aux normes non directement applicables qui retrouvent ainsi leur rôle premier, de cadre et de guide. Leur invocabilité poursuit ici un but différent de l'exclusion d'une règle juridique ou de la réparation d'un préjudice ; les obstacles tenant à leur imprécision ou à leur caractère interétatique sont logiquement sans objet. Ces éléments conduisent à constater la complexité du mécanisme, à la source de l'importante variété de ses effets.

¹²³⁴ Sur ce point, voir *infra*, p. 552 et suivantes.

¹²³⁵ Tel est par exemple l'hypothèse de l'application concomitante de deux conventions internationales distinctes qui ne prévoient pas de clause de compatibilité, CE 16 mars 1988, *Ministre de l'intérieur et de la décentralisation c. Kanapathipillai*, Rec. p. 121. Voir également CE 25 octobre 2000, *Mme Cucicea-Lamblot*, Rec. p. 460 ; A.J.D.A., 2001, p. 284, concl. C. MAUGÛÉ ; D.A., 2001, p. 17, note C.M. ; L.P.A., n° 211, 23 octobre 2001, p. 13, note C. COURNIL ; et, CE Sect. 20 décembre 2000, *Mme El-Abd*, Rec. p. 641 ; D.A., 2001, n° 91, note E. AUBIN ; L.P.A., n° 211, 23 octobre 2001, p. 14, note C. COURMIL ; relatives toutes deux à la conciliation entre le dispositif Schengen et la Convention européenne des droits de l'homme. Il est cependant important de préciser que la jurisprudence administrative reste hésitante sur la méthode à adopter en cas de conflit entre traités, et fait preuve d'une volonté manifeste d'éviter de se prononcer sur la question en adoptant principalement une approche casuelle, malgré la formulation de principe employée dans CE 21 avril 2000, *M. Zaidi*, Rec. p. 159 : « *considérant cependant, comme le rappelle d'ailleurs l'article 2 de l'ordonnance précitée, que les règles ainsi posées ne s'appliquent que sous réserve des conventions internationales ; que dans le cas de concours de plusieurs engagements internationaux, il y a lieu d'en définir les modalités d'application respectives conformément à leurs stipulations et en fonction des principes du droit coutumier relatifs à la combinaison entre elles des conventions internationales* ».

B – La diversité des effets de l’invocabilité d’interprétation

L’invocabilité d’interprétation, technique contentieuse empreinte de souplesse, peut produire des effets juridiques contrastés, fortement dépendants des méthodes d’interprétation de juge (2). Malgré cette variété, son principal intérêt réside dans son caractère conciliateur (1).

1. Une « invocabilité-conciliation »

L’invocabilité d’interprétation procède essentiellement de la conciliation de normes, et non de la comparaison ou de la confrontation. Dérivé du latin *conciliatio* (signifiant « union, réunion » ou « assemblage »), la conciliation désigne habituellement, en langage juridique, une phase préalable de certaines procédures, visant à aboutir à un accord mettant fin au litige¹²³⁶. En langage courant, le terme est entendu comme « l’action de concilier des personnes, des opinions, des intérêts », mais concerne aussi le résultat de cette action¹²³⁷. La conciliation est ici comprise comme l’action d’accorder ensemble des normes qui sont ou paraissent en contradiction, comme l’opération visant à les rendre compatibles l’une avec l’autre, et le résultat de cette opération.

La conciliation entre deux normes est le but de cette invocabilité et de la démarche intellectuelle du juge dans l’opération d’interprétation conforme. La première caractéristique des effets de l’invocabilité d’interprétation se situe dans l’absence d’exclusion de la norme interprétée. Cette caractéristique révèle ainsi la mission historique de l’obligation d’interprétation conforme en droit de l’Union européenne, telle que conçue par la Cour de justice. En cas d’incompatibilité apparente entre le droit de l’Union et le droit interne, la Cour de Luxembourg estime préférable pour le juge national de tenter d’abord une conciliation entre les deux normes afin de donner à la règle de droit interne une signification et une portée

¹²³⁶ Voir CORNU G., *op. cit.*, v^e « Conciliation », p. 220.

¹²³⁷ *Dictionnaire de l’Académie Française*, 9^e édition, v^e « Conciliation ».

adaptées aux exigences européennes¹²³⁸. Ce n'est que dans les cas où la conciliation par l'interprétation conforme est impossible que le juge est amené à écarter l'application de la norme contraire au droit européen¹²³⁹. L'absence d'exclusion de la norme *a priori* incompatible a pour avantage de permettre de résoudre de manière satisfaisante le conflit potentiel entre les effets de l'application pure et simple du principe de légalité et le nécessaire respect du caractère discrétionnaire de la compétence des autorités normatives. Tels sont les objectifs manifestes de l'utilisation de la technique des réserves d'interprétation par le Conseil constitutionnel, parfois qualifiées à ce titre de « *troisième voie décisionnelle* », en ce qu'elle permet d'éviter une décision de non conformité tout en respectant la volonté du législateur¹²⁴⁰. Ce caractère a séduit quelques auteurs, se penchant sur la solution – en particulier sur ses applications au droit international au sens large¹²⁴¹ – aux alentours de l'intervention de la jurisprudence *Nicolo*¹²⁴². Le mécanisme de l'invocabilité d'interprétation semble ainsi permettre d'éviter les écueils d'une position trop affirmée¹²⁴³, résultat d'une alternative binaire et souvent manichéenne, qui ne convient pas à la spécificité des normes non directement applicables. L'invocabilité d'interprétation ne trouve sa limite que dans les cas où les normes invoquées sont incompatibles. Dans de telles situations, le juge peut faire application du principe *lex posterior derogat priori* en présence d'une succession de normes de valeur égale¹²⁴⁴, ou du principe hiérarchique en cas contraire. En revanche, l'une des principales

¹²³⁸ CANIVET G., *Le droit communautaire et l'office du juge national*, Droit et Société, 1992, p. 143 à 154, spé. p. 146.

¹²³⁹ Par exemple, CE Ass. 30 octobre 1996, *S.A. Cabinet Revert et Badelon*, et CE Ass. 30 octobre 1996, *Ministre du Budget c. S.A. Jacques Dangeville*, précités.

¹²⁴⁰ VIALA A., *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, L.G.D.J., Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, t. 92, 1999, spé. p. 44 à 53.

¹²⁴¹ Tel est notamment le cas de Bruno GENEVOIS, *Le juge administratif, le traité et la loi postérieure*, note sous CE Ass. 20 octobre 1989, *Nicolo*, R.F.D.A., 1989, p. 824 à 833, spé. p. 833.

¹²⁴² CE Ass. 20 octobre 1989, *Nicolo*, précité.

¹²⁴³ Comme l'explique le commissaire du Gouvernement Ronny ABRAHAM dans ses conclusions sur CE Sect. 3 juillet 1998, *Bitouzet*, R.F.D.A., p. 1243 à 1252, p. 1247 : « *mais il y a encore une troisième hypothèse envisageable qui est la suivante : la règle interne n'est pas en elle-même incompatible avec la norme européenne, mais elle ne suffit pas à en réaliser toutes les exigences, ou, si l'on préfère, elle n'est incompatible que par défaut. En ce cas, il y aura lieu de faire une application combinée du droit interne et du droit conventionnel, celui-ci venant combler les lacunes de celui-là* ».

¹²⁴⁴ Comme le souligne Florence POIRAT, *Comment appliquer l'inapplicable à propos de l'article 55 de la Constitution*, note critique sous CE 5 septembre 2001, *Préfet des Alpes-Maritimes c. M. Benkhata*, R.G.D.I.P., 2002, p. 711 à 722, spé. p. 718-719.

difficultés posées par ce mécanisme, et précédemment relevée, réside dans la manière hésitante dont il est admis et appliqué pour les normes issues du droit international. En effet, de manière apparemment surprenante, une fois admises, certaines interprétations conformes se montrent particulièrement constructives. Par conséquent, le reproche classique et récurrent du recours à cette technique est qu'elle peut être détournée : elle peut permettre de moduler artificiellement l'opération d'interprétation, afin de privilégier la norme interne au détriment du traité, ce qui a pour résultat « *une certaine manipulation de la hiérarchie des normes* »¹²⁴⁵.

L'invocabilité d'interprétation a pour autre avantage de permettre de contourner l'impossibilité d'exclusion d'une norme, tout en ne privant pas totalement une autre norme de sa portée. Comme le relève Denys SIMON¹²⁴⁶, par le recours à l'invocabilité d'interprétation, le justiciable a la possibilité d'obtenir une garantie minimale de ses droits dans les hypothèses où l'invocabilité d'exclusion est vouée à l'échec et dans celles où cette dernière est inapte à le faire bénéficier des avantages attendus de l'application effective d'une norme non directement applicable. Le principal effet de l'invocabilité d'interprétation revêt donc un caractère palliatif, par essence indirect, et ce, dès l'origine de l'utilisation de l'interprétation conforme, lorsque le contrôle de la loi par le juge était tout simplement inconcevable. Si l'interprétation conforme est utilisée dans un premier temps, pour les normes internationales, afin de faire prévaloir la loi française, elle est aujourd'hui majoritairement conçue¹²⁴⁷ comme un moyen de faire prévaloir la norme internationale et non de la neutraliser. Tels ont été les cas d'interprétations *praeter*

¹²⁴⁵ Selon l'expression de Jean-François FLAUSS, citée par M. GAUTIER et F. MELLERAY, *Jurisclasser Administratif*, Fascicule 22, « *Application des normes internationales* », point 58, novembre 2003.

¹²⁴⁶ SIMON D., *Le système juridique communautaire*, P.U.F., Collection Droit fondamental, 3^e éd., 2003, p. 440 : voir CJCE 15 juin 2000, *Brinkmann Tabakfabriken GmbH c. Hauptzollamt Bielefeld*, C-365-98, Rec., I, p. 4619 ; Europe, comm. n° 235, note D. SIMON.

¹²⁴⁷ Malgré quelques notables exceptions comme en témoignent les péripéties de l'affaire *Association Ekin*, précitée.

legem particulièrement constructives que la doctrine n'a pas manqué de relever¹²⁴⁸. En revanche, les conditions de son admission en matière internationale restent obscures, tant la jurisprudence est hésitante et casuistique.

Le commissaire du Gouvernement Ronny ABRAHAM émet à ce titre des observations intéressantes, au sujet de la possibilité d'un cumul de la protection législative et de la protection conventionnelle de la vie familiale dégagée dans les affaires *Belgacem* et *Mme Babas*¹²⁴⁹ : « une telle application combinée n'est possible, naturellement, que si la stipulation conventionnelle dont il s'agit est d'effet direct, c'est-à-dire si elle est susceptible d'être mise en œuvre dans un litige individuel, ce qui est justement le cas de l'ensemble des dispositions matérielles de la Convention européenne des droits de l'homme »¹²⁵⁰. L'analyse de la jurisprudence administrative ne permet pas de confirmer ou d'infirmer cette affirmation. En effet, la formulation des arrêts opérant une interprétation conforme élude systématiquement la question de l'effet direct du référent d'origine internationale. Il semble cependant étrange que le juge intègre la question de l'effet direct de la norme de référence quand celle-ci est issue du droit international conventionnel, alors qu'il n'en tient manifestement pas compte pour les interprétations conformes fondées sur les normes constitutionnelles non directement applicables ou les directives européennes sous l'empire de la jurisprudence *Cohn-Bendit*.

¹²⁴⁸ Par exemple, CE Sect. 3 juillet 1998, *Bitouzet*, Rec. p. 288, concl. R. ABRAHAM ; R.F.D.A., p. 1243, concl. ; A.J.D.A., p. 570, chron. P. FOMBEUR et F. RAYNAUD ; J.C.P., G., IV, 3187, obs. M.-C. ROUAULT ; C.J.E.G., n° 548, p. 441, concl. ; B.J.D.U., p. 363, concl. et obs. L. TOUVET ; R.F.D.A., 1999, p. 841, étude D. DE BÉCHILLON. Voir également CE 9 juillet 2003, *Dorries*, Rec., Tables, p. 700 et p. 796, concernant l'interprétation conforme d'un acte réglementaire à certaines stipulations du traité instituant la Communauté européenne.

¹²⁴⁹ CE Ass. 19 avril 1991, *Belgacem et Mme Babas*, Rec. p. 152 et CE Ass. 19 avril 1991, *Mme Babas*, Rec. p. 162, concl. R. ABRAHAM ; R.F.D.A., p. 497, concl. ; A.J.D.A., p. 551, note F. JULIEN-LAFERRIÈRE ; D., Jurispr., p. 399, note X. PRÉTOT ; Rev. crit. dr. internat. privé, 80, p. 677, note D. TURPIN ; R.A., p. 239, note H. RUIZ-FABRI ; J.C.P., G., II, 21757, obs. NGUYEN VAN TUONG ; L.P.A., n° 81, 8 juillet 1991, p. 10, note M. REYDELLET ; Gaz. Pal., nos 215-217, 2-4 août 1992, p. 2, note P. ICARD ; L.P.A., n° 155, 25 décembre 1992, p. 17, note P. ICARD.

¹²⁵⁰ Conclusions sur CE Sect. 3 juillet 1998, *Bitouzet*, R.F.D.A., p. 1243 à 1252, spé. p. 1247.

2. Une invocabilité aux effets fortement conditionnés par les méthodes d'interprétation du juge

La formule « à la lumière du texte et de la finalité de la directive », retenue par la Cour de justice, implique, outre le respect d'une obligation d'interprétation conforme au texte de la directive, l'adoption d'une technique d'interprétation particulière, téléologique et dans le sens de l'effectivité du droit européen. En effet, l'invocabilité d'interprétation permet de privilégier une lecture d'une norme, voire un sens de lecture, parmi l'ensemble des possibilités existantes, mais cette opération dépend fortement de la conception et des méthodes d'interprétations employées par le juge. La notion d'interprétation peut être entendue de manières différentes, selon un sens restrictif ou plus large. Dans le sens classique, l'interprétation naît du doute sur la signification d'un énoncé ou le sens dans lequel trancher un litige. Une vision plus large et actuelle de la notion implique de considérer que l'interprétation a pour objet et pour effet de déterminer le sens d'un texte, quel qu'en soit le degré de précision ou de clarté.

Les effets de l'invocabilité d'interprétation sont donc étroitement liés à la conception retenue de l'interprétation et de l'office du juge¹²⁵¹. Plusieurs théories essentielles de l'interprétation ont été développées depuis le XIX^e siècle. D'une part, la théorie cognitive ou formaliste considère l'interprétation comme une activité de connaissance essentiellement descriptive des normes. Cette approche, inspirée du positivisme juridique classique¹²⁵², exclut l'ajout à la règle de droit, partant du postulat selon lequel toute règle juridique est nécessairement complète¹²⁵³ et se suffit à elle-même sur le plan sémantique. D'autre part, la théorie sceptique, réaliste ou

¹²⁵¹ À titre d'exemple concret illustrant ce constat, il est possible de se référer à l'analyse de l'interprétation de la loi à la lumière des principes constitutionnels, dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, développée par Laurence GAY, *Les « droits-créances » constitutionnels*, Bruxelles, Bruylant, Collection de droit public comparé et européen, 2007, p. 520 à 537.

¹²⁵² Cette position trouve ses origines dans les écrits de Montesquieu et les travaux de l'École de l'exégèse du XIX^e siècle, considérant les juges comme « *la bouche qui prononce la parole de la loi, des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force, ni la rigueur* » ; MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, 1748, Paris, Gallimard, Collection Folio Essais, 1995, p. 116.

¹²⁵³ François GÉNY critique radicalement ce postulat et le caractère hasardeux des raisonnements qui en découlent dans son célèbre ouvrage *Méthodes d'interprétation et sources du droit privé positif*, t. 1, Paris, L.G.D.J., 2^e éd., 1919.

active et volontariste¹²⁵⁴ de l'interprétation s'oppose à la première en adoptant une conception large de l'interprétation et en estimant qu'elle revêt les caractères d'un acte de volonté au sens kelsénien¹²⁵⁵. Cette thèse aboutit à ce que la détermination du « vrai » sens de la règle juridique échoit à son interprète, au point qu'il puisse être assimilé à l'auteur de la règle¹²⁵⁶. La technique de l'invocabilité d'interprétation appelle l'adoption d'une thèse médiane par le juge, notamment en ce qu'elle nécessite, pour voir son efficacité assurée, l'impérativité de l'énoncé de référence¹²⁵⁷. Comme le constate Bruno GENEVOIS, les modes traditionnels d'interprétation sont privilégiés par le juge administratif, dans la mesure où ils se révèlent nécessaires et suffisants à l'exercice de son office, mais les exigences inhérentes à la hiérarchie des normes prennent progressivement davantage d'importance et élargissent la relation nouée par l'interprétation à d'autres protagonistes¹²⁵⁸.

Ce bref retour sur les théories générales de l'interprétation mène à envisager la question des limites de l'opération d'interprétation, non en termes d'étendue de

¹²⁵⁴ Sur les différences de qualificatifs retenus par les auteurs, cf. Elsa BERNARD, *La spécificité du standard juridique en droit communautaire*, Bruxelles, Bruylant, Collection Droit de l'Union européenne, 2010, spé. p. 13 à 15.

¹²⁵⁵ Selon Hans KELSEN, l'interprétation n'est pas une démarche obligatoire, il n'y a lieu à interprétation que dans la mesure où plusieurs sens sont susceptibles d'être donnés à l'énoncé des normes. « *La nécessité d'une interprétation résulte précisément de ce que la norme à appliquer, ou le système de normes, laissent ouvertes plusieurs possibilités* », *Théorie pure du droit*, traduction française de la deuxième édition de la *Reine Rechtslehre* par Charles EISENMANN, Paris, L.G.D.J., Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 459. L'interprétation est ainsi considérée comme une opération de choix entre plusieurs sens. Le choix entre les différentes solutions possibles correspond à une démarche de la volonté et non de la connaissance : il ne s'agit pas d'un acte de science du droit, mais d'un acte de politique juridique, de création de droit. Sur ces questions, cf. notamment Paul AMSELEK, *L'interprétation dans la Théorie pure du droit de Hans Kelsen*, in *Interpretatio non cessat*, Mélanges Pierre-André CÔTÉ, Cowansville (Québec), éd. Yvon Blais, 2011, p. 39. L'article est également publié à la Revue Juridique Thémis, et téléchargeable sur internet.

¹²⁵⁶ TROPER M., *Hans Kelsen et la jurisprudence*, A.P.D., 1985, *La jurisprudence*, t. 30, p. 83 à 94, spé. p. 93. Cité par Elsa BERNARD, *op. cit.*, p. 16.

¹²⁵⁷ Elle s'oppose ainsi à la seconde théorie en ce qu'elle établit des directives d'interprétation, possibilité manifestement rejetée par Hans KELSEN : « *d'un point de vue qui ne considère que le droit positif, il n'existe aucun critérium (d'interprétation) sur la base duquel l'une des possibilités données dans le cadre du droit à appliquer pourrait être préférée aux autres. Il n'y a purement et simplement aucune méthode que l'on puisse dire de droit positif* », *Théorie pure du droit*, traduction française de la deuxième édition de la *Reine Rechtslehre* par Charles EISENMANN, Paris, L.G.D.J., Bruxelles, Bruylant, 1999. Cité par Elsa BERNARD, *op. cit.*, p. 16.

¹²⁵⁸ GENEVOIS B., *Le Conseil d'État et l'interprétation de la loi*, R.F.D.A., 2002, p. 877 à 886, spé. p. 885 : « *l'interprétation de la loi par le Conseil d'État, qui se limitait à une relation à deux entre le législateur et le juge administratif et où le dernier mot appartenait à la loi, au besoin à travers un texte interprétatif, fait intervenir d'autres institutions* ».

l'office du juge, mais dans le cadre restreint du résultat de la démarche. La principale limite à l'invocabilité d'interprétation réside dans le rapport des normes à concilier. Si celles-ci s'avèrent résolument incompatibles, ou ne seraient « réconciliables » qu'au prix d'une dénaturation manifeste du sens de l'une d'entre elles, le mécanisme ne peut fonctionner. Dans l'hypothèse où la tentative de conciliation par l'interprétation échoue, le juge est contraint de se reporter à l'examen du moyen structuré autour de l'invocabilité d'exclusion d'une règle juridique. Ceci peut expliquer les différences de jurisprudence existant entre l'invocabilité d'interprétation fondée sur une norme constitutionnelle et sur une norme issue du droit international conventionnel. Le juge ordinaire français est incompétent pour connaître de la question de la constitutionnalité de la loi¹²⁵⁹, mais s'est reconnu compétent à la suite de la célèbre décision *I.V.G.* du Conseil constitutionnel¹²⁶⁰ pour opérer un contrôle de conventionnalité de la loi¹²⁶¹. L'impossibilité d'invoquer l'absence de conformité de la loi à la Constitution devant le juge ordinaire permet un développement potentiellement plus approfondi et plus large du palliatif incarné par la technique de l'invocabilité d'interprétation de la loi, conformément aux normes constitutionnelles. Tel n'est pas le cas de la possibilité de contrôle de conventionnalité de la loi : les requérants sont moins enclins à développer des demandes d'interprétation conformes alors qu'ils peuvent obtenir l'exclusion de la loi inconstitutionnelle. Une interprétation de nature neutralisante de la loi par référence à une norme internationale est, tout simplement, inutile. À cela s'ajoute l'absence d'obligation constitutionnelle relative au droit international, comparable à celle relative au droit de l'Union européenne consacrée par l'article 88-1, et la position du juge

¹²⁵⁹ Comme il a déjà été précisé, ce refus est considéré comme exprimé pour la première fois, pour le juge judiciaire, par l'arrêt Cass. crim. 11 mai 1833, S., I, p. 357. Cette position est réaffirmée par Cass. civ. 2^e 20 décembre 1956, Bull. civ., n° 714. Cette position est partagée par le juge administratif, CE Sect. 6 novembre 1936, *Sieur Arrighi* (Rec. p. 966 ; D., 1938, III., p. 1, concl. R. LATOURNERIE et note C. EISENMANN ; S., 1937, III., p. 33, concl. et note A. MESTRE), et est régulièrement rappelée : CE Ass. 20 octobre 1989, *Roujansky*, n° 108303, inédit au Recueil Lebon ; L.P.A., n° 137, 15 novembre 1989, p. 4, comm. A. GRUBER ; J.C.P., G., II, 21371, note P. FRYDMAN ; Gaz. Pal., n° 136-137, 15 mai 1990, Panorama, p. 5.

¹²⁶⁰ CC n° 74-54 DC, 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse*, Rec. p. 19 ; G.D.C.C. n° 9.

¹²⁶¹ Cass. ch. mixte 24 mai 1975, n° 73-13.556, *Administration des douanes c. Société Cafés Jacques Vabre et Société J. Weigel et Cie*, et CE Ass. 20 octobre 1989, *Nicolo*, précités.

administratif déniant à l'inconventionnalité de la loi le caractère de moyen d'ordre public¹²⁶², sauf à de rares exceptions spécifiques¹²⁶³.

Paragraphe II : L'invocabilité d'exclusion et l'invocabilité d'empêchement

À la différence de l'invocabilité d'interprétation, les invocabilités d'exclusion et d'empêchement reposent sur la nécessité d'un contrôle de légalité et permettent notamment d'assurer la garantie de la hiérarchie des normes. La notion d'invocabilité d'exclusion est ici conçue de manière large¹²⁶⁴, englobant tous les cas où une demande tend à l'éviction d'un acte ou du comportement qui en découle. Il convient de distinguer les hypothèses où l'invocabilité de la norme vise à exclure un acte juridique (A) de celles où elle a pour fin d'empêcher ou de faire cesser une situation (B).

¹²⁶² CE Sect. 11 janvier 1991, S.A. « Morgane », Rec. p. 9 ; R.F.D.A., p. 652, concl. M.-D. HAGELSTEEN ; A.J.D.A., p. 111, chron. E. HONORAT et R. SCHWARTZ ; récemment solennellement réaffirmée par CE Ass. 6 décembre 2002, *Maciolak*, Rec. p. 426 ; R.F.D.A., 2003, p. 694, concl. P. FOMBEUR ; A.J.D.A., 2003, p. 492, chron. F. DONNAT et D. CASAS ; R.G.D.I.P., 2003, p. 487, obs. A. GESLIN ; Dr. san. et soc., n° 1, 2003, p. 92, concl. La Cour de cassation ne partage pas cette position, et relève d'office la violation des droits de l'homme garantis par les dispositions conventionnelles, notamment par la Convention E.D.H. : Cas. Civ. 1^{ère} 10 mai 2006, n° 05-15.707, *Mme X. épouse Y. c. M. Y.*, Bull. civ. I, n° 225.

¹²⁶³ La première est consacrée par CE Ass. 28 juin 2002, *Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie c. Société Schneider Electric*, Rec. p. 234 ; R.F.D.A., p. 1124, concl. S. AUSTRY ; R.J.F., n° 10, p. 755, chron. L. OLLÉON ; Dr. fisc., p. 1133, étude P. DIBOUT ; International Law Reports, part 6, 2002, p. 1077 ; R.J.F., n° 2, 2003, p. 113, comm. A. DE L'ESTOILE-CAMPI et P. JUILHARD : « si une convention bilatérale conclue en vue d'éviter les doubles impositions peut, en vertu de l'article 55 de la Constitution, conduire à écarter, sur tel ou tel point, la loi fiscale nationale, elle ne peut pas, par elle même, directement servir de base légale à une décision relative à l'imposition ; que, par suite, il incombe au juge de l'impôt, lorsqu'il est saisi d'une contestation relative à une telle convention, de se placer d'abord au regard de la loi fiscale nationale pour rechercher si, à ce titre, l'imposition contestée a été valablement établie et, dans l'affirmative, sur le fondement de quelle qualification ; qu'il lui appartient ensuite, le cas échéant, en rapprochant cette qualification des stipulations de la convention, de déterminer – en fonction des moyens invoqués devant lui ou même, s'agissant de déterminer le champ d'application de la loi, d'office – si cette convention fait ou non obstacle à l'application de la loi fiscale ». La seconde est relative à la méconnaissance du champ d'application d'une convention internationale : CE 10 janvier 2003, *Joorawon*, Rec. p. 1 ; A.J.D.A., p. 683, note X. MAGNON ; J.C.P., G., II, 10054, concl. C. MAUGÜÉ ; J.C.P., A., 1590, note V. TCHEN ; D.A., avril 2003, p. 24, note C. M. Enfin, il reste à préciser que la Haute juridiction semble avoir soulevé d'office le moyen tiré de l'incompatibilité d'une disposition réglementaire avec une directive européenne, CE 20 décembre 2000, *Géniteau*, Rec. p. 635 ; A.J.D.A., 2001, p. 489, note J.-M. PONTIER ; D., Jurispr., Act., 2001, p. 383, obs. A. LIENHARD, et, Jurispr. commentée, p. 1713, note A. RAYNOUARD ; R.T.D.Civ., 2001, obs. N. MOLFESSIS.

¹²⁶⁴ Contrairement à la présentation retenue par Denys SIMON, *Le système juridique communautaire*, P.U.F., Collection Droit fondamental, 3^e éd., 2003, spé. p. 441 à 443.

A – L'exclusion d'un acte juridique

Les développements récents de la jurisprudence de la Cour de justice et du Conseil d'État révèlent deux objectifs distincts de la mise en œuvre de l'invocabilité d'exclusion en fonction de son caractère préventif (1) ou curatif (2).

1. La prévention de l'illégalité

« *L'invocabilité de prévention* »¹²⁶⁵ est une notion récemment dégagée de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. À l'occasion de l'affaire *Inter-Environnement Wallonie*¹²⁶⁶, et après avoir rappelé l'obligation pour les États membres de prendre toutes les mesures nécessaires pour atteindre le résultat prescrit par une directive, la Cour relève qu'en vertu du deuxième alinéa de l'ancien article 191 du Traité instituant la Communauté économique européenne « *les directives et les décisions sont notifiées à leurs destinataires et prennent effet par cette notification* »¹²⁶⁷. Se fondant sur cette stipulation, elle en déduit « *qu'une directive produit des effets juridiques à l'égard de l'État membre destinataire dès le moment de sa notification* », alors même que le délai de transposition fixé dans le texte de la directive n'est pas encore échu. Ainsi, revenant sur la jurisprudence *Ratti*¹²⁶⁸, la Cour déclare : « *si les États membres ne sont pas tenus d'adopter ces mesures avant l'expiration du délai de transposition, il résulte de l'application combinée des articles 5, deuxième alinéa, et 189, troisième alinéa, du traité et de la directive elle-même que, pendant ce délai, ils doivent s'abstenir de prendre des dispositions de nature à compromettre sérieusement le résultat prescrit par cette directive. Il appartient à la juridiction nationale d'apprécier si tel est le cas*

¹²⁶⁵ Selon l'expression employée par Denys SIMON, *Le système juridique communautaire*, P.U.F., Collection Droit fondamental, 3^e éd., 2003, p. 442-443.

¹²⁶⁶ CJCE 18 décembre 1997, *Inter-Environnement Wallonie ASBL c. Région wallonne*, C-129/96, Rec., I, p. 7411 ; Europe, février 1998, n°42, comm. A. RIGAUD ; J.D.I., 1998, p. 475, note R. MEHDI. Cette solution est depuis régulièrement réaffirmée, par exemple, CJCE 5 février 2004, *Rieser Internationale Transporte GmbH c. Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs- AG (Asfinag)*, C-157/02, Rec., I, p. 1477, point 66, p. 1538.

¹²⁶⁷ La stipulation est citée dans sa rédaction initiale, issue du Traité de Rome du 25 mars 1957. Cette stipulation a pour équivalent l'article 254 du Traité instituant la Communauté européenne, à compter de l'entrée en vigueur du Traité d'Amsterdam, le 1^{er} mai 1999, et désormais l'article 297 du T.F.U.E. suite à l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne le 1^{er} décembre 2009.

¹²⁶⁸ CJCE 5 avril 1979, *Ministère public c. Tullio Ratti*, 148/78, Rec. p. 1629, point 44, p. 1645 : « *tant que cette échéance n'est pas atteinte, les États membres restent libres en la matière* ».

des dispositions nationales dont elle est chargée d'apprécier la légalité »¹²⁶⁹. La Cour précise également les contours de l'appréciation de cette situation par les juridictions nationales¹²⁷⁰. Le Tribunal de Première instance précise plus tard que le droit de l'Union européenne n'impose pas aux particuliers d'obligation d'abstention de tout comportement de nature à mettre en péril la réalisation des objectifs d'une directive dont le délai de transposition court encore¹²⁷¹. Cette décision se fonde sur le fait que le principe général de loyauté européenne de l'article 10 du T.C.E. ¹²⁷² ne concerne que les États membres et ne crée, en aucun cas, d'obligations à la charge des individus. Les directives européennes jouissent donc d'un effet obligatoire avancé du fait du jeu de l'obligation de coopération loyale. Leur invocabilité est donc admise, avant l'expiration du délai de transposition, à l'encontre des « *mesures de nature à compromettre sérieusement la réalisation du résultat prescrit* ». Cette invocabilité de prévention présente une fonction d'anticipation en permettant d'empêcher l'entrée en vigueur de telles mesures, et a pour effet d'en obtenir l'exclusion. La violation du droit européen par l'État édictant de telles mesures avant l'expiration du délai de transposition est virtuelle, et risque de devenir réelle au jour de l'expiration du délai de transposition. L'invocabilité de prévention est conçue par le juge européen comme une possibilité pour les justiciables d'invoquer devant le juge national, juge de droit

¹²⁶⁹ CJCE 18 décembre 1997, *Inter-Environnement Wallonie ASBL c. Région wallonne*, C-129/96, Rec., I, p. 7411, points 45 et 46, p. 7449-7450.

¹²⁷⁰ CJCE 18 décembre 1997, *Inter-Environnement Wallonie ASBL c. Région wallonne*, précité, points 47 à 49, p. 7450 : « *Dans cette appréciation, la juridiction nationale devra en particulier examiner si les dispositions en cause se présentent comme une transposition complète de la directive ainsi que les effets concrets de l'application de ces dispositions non conformes à la directive et de leur durée dans le temps. Par exemple, si les dispositions en cause se présentent comme une transposition définitive et complète de la directive, leur non-conformité avec la directive pourrait laisser présumer que le résultat prescrit par celle-ci ne sera pas atteint dans les délais impartis si leur modification en temps utile est impossible. En sens inverse, la juridiction nationale pourrait tenir compte de la faculté qu'a un État membre d'adopter des dispositions provisoires ou de mettre en œuvre la directive par étapes. Dans de telles hypothèses, la non-conformité de dispositions transitoires du droit national avec la directive ou l'absence de transposition de certaines dispositions de la directive ne compromettrait pas nécessairement le résultat prescrit par celle-ci* ».

¹²⁷¹ TPICE 27 juin 2000, *Salamander AG, Una Fil City Revue GmbH, Alma Media Group, Davidoff c. Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, aff. jointes T-172/98, T-175/98 à T-172/98, Rec., II, p. 2487, spé. points 54 à 58, p. 2511-2512 ; Europe, août-septembre 2000, n° 236, comm. D. SIMON. Cette solution peut également s'expliquer par l'application du principe selon lequel une directive ne peut, par elle-même, créer d'obligations à la charge d'un particulier (point 54, p. 2511) : CJCE, 26 février 1986, *M. H. Marshall c. Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority (Teaching)*, 152/84, Rec. p. 723, point 48, p. 749.

¹²⁷² Désormais abrogé et remplacé en substance par l'article 4, paragraphe 3 du traité sur l'Union européenne.

commun du droit européen, le contenu d'une directive avant l'échéance du délai de transposition, « *alors même qu'il est exclu qu'elle puisse produire un effet direct, faute de caractère inconditionnel* »¹²⁷³.

Le Conseil d'État a admis et appliqué cette jurisprudence, en précisant que « *si, pour atteindre ce résultat à l'issue du délai qui leur est imparti dans la directive, les autorités nationales restent seules compétentes pour décider de la forme à donner à l'exécution de ces directives et pour fixer elles-mêmes, sous le contrôle des juridictions nationales, les moyens propres à leur faire produire leurs effets en droit interne, elles ne peuvent légalement prendre, ainsi que l'a précisé la Cour de Justice des Communautés européennes par un arrêt rendu le 18 décembre 1997 dans l'affaire C-129/96, pendant le délai imparti par la directive, des mesures de nature à compromettre sérieusement la réalisation du résultat prescrit par la directive* »¹²⁷⁴. Mais en l'espèce, la Haute juridiction n'estime pas que « *le rappel ainsi effectué de la réglementation existante soit de nature à compromettre sérieusement la réalisation de l'objectif poursuivi par l'article 13 de la directive Euratom du 13 mai 1996* ». Cette jurisprudence est complétée et confirmée par un arrêt de 2004, dans lequel le Conseil d'État précise, dans le cas d'une ordonnance implicitement ratifiée : « *si, jusqu'à l'expiration du délai de transposition de la directive 2004/18/CE, les États membres sont seulement tenus de s'abstenir de prendre des dispositions de nature à compromettre sérieusement la réalisation du résultat prescrit par celle-ci, il leur est loisible de mettre en vigueur, sans attendre l'expiration de ce délai, les mesures nécessaires pour se conformer aux objectifs de cette directive, sans que puisse utilement être invoquée, à l'encontre de telles mesures, leur incompatibilité éventuelle avec les objectifs des directives 92/50/CEE, 93/36/CEE et 93/37/CEE* »¹²⁷⁵. Comme le relève Denys SIMON¹²⁷⁶, la solution ainsi posée doit se combiner à la jurisprudence imposant un nouvel examen en section administrative d'un projet de décret suite à l'intervention d'une directive, si ce décret

¹²⁷³ SIMON D., *Le système juridique communautaire*, précité, p. 443.

¹²⁷⁴ CE 10 janvier 2001, *Association France Nature Environnement*, Rec. p. 9 ; D.A., mars 2001, p. 27, note C. M. ; C.J.E.G., n° 576, p. 210, concl. C. MAUGÛÉ ; Europe, mai 2001, n° 152, comm. D. SIMON.

¹²⁷⁵ CE 29 octobre 2004, *Sueur et autres*, Rec. p. 393, concl. D. CASAS ; R.F.D.A., p. 1103, concl. ; A.J.D.A., p. 2383, chron. C. LANDAIS et F. LENICA ; B.J.C.P., n° 38, janvier 2005, p. 65, concl. ; D.A., janvier 2005, p. 22, 23, et 24, notes A. MÉNÉMÉNIS ; A.J.D.A., 2005, p. 16, étude D. LINOTTE ; Rev. Trésor, n° 6, août-septembre 2005, p. 462, note J.-L. PISSALOUX.

¹²⁷⁶ Dans son commentaire sous CE 10 janvier 2001, *Association France Nature Environnement*, précité.

peut avoir pour effet d'entraver la correcte transposition de la directive¹²⁷⁷. Le contrôle du juge administratif français né de cette invocabilité se fonde sur les obligations européennes dérivant des articles 288, alinéa 3 du T.F.U.E. et 4, paragraphe 3, du T.U.E., mais aussi sur certaines préoccupations de bonne administration : « *il n'est pas sain de prendre des mesures réglementaires qui vont manifestement rendre impossible le respect des objectifs d'une directive appelée à être transposée* »¹²⁷⁸. L'invocabilité de prévention étant liée à la combinaison de ces obligations européennes spécifiques, il est extrêmement difficile d'envisager qu'elle soit applicable à d'autres actes juridiques. En effet, en l'état actuel de la position du juge administratif quant à l'invocabilité des normes non directement applicables, le seul contexte juridique comparable se réalise dans l'hypothèse d'une loi incapable de produire ses effets par elle-même et dépourvue de décret d'application, alors que le délai raisonnable n'est manifestement pas encore écoulé. Or, l'invocabilité de la loi n'est dans ce cas, vraisemblablement pas admissible par le juge, comme en témoigne les formulations utilisées lors de l'examen de la satisfaction de la condition de délai raisonnable¹²⁷⁹ et l'existence d'un assouplissement de l'appréciation de celle-ci en cas de « *difficultés particulières de nature à justifier l'absence d'édiction* » du texte.

Le principe ainsi posé en 2001 enseigne que le justiciable peut se prévaloir, devant le juge administratif, des dispositions d'une directive avant l'échéance du délai de transposition à l'encontre d'un acte réglementaire ou d'une loi, et indépendamment de la capacité de ces dispositions à produire un effet direct. Cette dernière déduction s'explique par le régime contentieux des directives européennes alors en vigueur, leur déniaient tout effet direct à raison de leur nature, conformément à la jurisprudence *Cohn-Bendit*¹²⁸⁰. Jean-Bernard AUBY estime, à propos de cette solution que, « *sur un plan conceptuel, la solution a l'intérêt de prendre le chemin d'une*

¹²⁷⁷ CE Ass. 15 avril 1996, *Union nationale des pharmacies et autres*, Rec. p. 127 ; D.A., mai 1996, p. 5, obs. C. M. ; Europe, octobre 1996, n° 346, comm. F. L.

¹²⁷⁸ MAUGÜÉ C., concl. sur CE 10 janvier 2001, *Association France Nature Environnement*, précitées, p. 212.

¹²⁷⁹ CE 30 décembre 2009, *Département de la Seine-Saint-Denis et département de Saône-et-Loire*, Rec., Tables, p. 616, p. 618 et p. 940 : « *considérant, d'une part, qu'un décret était nécessaire (...) considérant, d'autre part, que le refus implicite du ministre du travail, des relations sociales, de la famille et de la solidarité (...) est intervenu plus d'un an et demi après la publication de la loi du 5 mars 2007* ».

dissociation de l'« invocabilité d'éviction », et de l'effet direct. (...) [La] jurisprudence du Palais-Royal (...) [a] fini par montrer qu'on arrive à peu près à développer toutes les incidences possibles des directives sans leur faire produire des effets maximaux d'éviction »¹²⁸¹. Malgré le changement de conception manifesté par l'arrêt *Mme Perreux*¹²⁸², il semble très improbable que la Haute juridiction change de position et intègre la capacité à produire un effet direct comme condition de l'invocabilité de prévention de la directive. En effet, le Conseil d'État fait régulièrement et explicitement référence aux « dispositions précises et inconditionnelles d'une directive » comme condition de leur invocabilité ou de l'application du mécanisme de contrôle instauré par la jurisprudence *Arcelor*¹²⁸³. Or, tant que le délai de transposition n'est pas échu, les dispositions de la directive sont nécessairement conditionnelles. La seule réserve explicite concerne les actes non réglementaires, si tant est qu'ils puissent constituer « des mesures de nature à compromettre sérieusement la réalisation du résultat prescrit par la directive »¹²⁸⁴.

2. La neutralisation de l'illégalité

L'invocabilité d'exclusion, au sens strict, correspond à l'hypothèse où l'illégalité est consommée, et vise à la neutraliser¹²⁸⁵. Il est nécessaire d'analyser les fondements de la notion en droit de l'Union européenne (a) avant de déterminer les effets actuels et potentiels de l'invocabilité d'exclusion des normes non directement applicables en droit public français (b).

¹²⁸⁰ CE Ass. 22 décembre 1978, *Ministre de l'Intérieur c. Cohn-Bendit*, précité.

¹²⁸¹ AUBY J.-B., *Attention : directive non transposée*, D.A., mars 2001, Repères n° 3, p. 3.

¹²⁸² CE Ass. 30 octobre 2009, *Mme Perreux*, précité.

¹²⁸³ CE Ass. 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*, précité.

¹²⁸⁴ CE Ass. 30 octobre 2009, *Mme Perreux*, précité : « tout justiciable peut se prévaloir, à l'appui d'un recours dirigé contre un acte administratif non réglementaire, des dispositions précises et inconditionnelles d'une directive, lorsque l'État n'a pas pris, dans les délais impartis par celle-ci, les mesures de transposition nécessaires ».

¹²⁸⁵ Le Rapporteur public Mattias GUYOMAR fait référence à « l'invocabilité de « contrôle » », concl. sur CE Ass. 30 octobre 2009, *Mme Perreux*, précitées, p. 1130.

a. La conception européenne de l'invocabilité d'exclusion

Le principe de primauté du droit européen impose d'écarter l'application de toute norme nationale contraire. Il appartient aux juridictions internes chargées d'appliquer le droit européen dans le cadre de leurs compétences, d'assurer le plein effet des règles juridiques européennes et de protéger les droits qu'elles confèrent aux individus « *en laissant inappliquée toute disposition éventuellement contraire de la loi nationale, que celle-ci soit antérieure ou postérieure à la règle communautaire* »¹²⁸⁶. La Cour de justice semble, de prime abord, lier l'effet d'éviction du droit national incompatible à l'effet direct de la norme européenne. Comme le rappelle Denys SIMON, du fait de la proximité des notions autonomes de primauté du droit de l'Union européenne et d'effet direct, « *la doctrine (...) avait généralement déduit que la norme communautaire devait remplir les conditions techniques de l'effet direct pour que les justiciables puissent se prévaloir aussi bien de l'effet d'exclusion (...) que de l'effet de substitution* »¹²⁸⁷. Cependant, l'étude des formulations employées par la Cour de Luxembourg signifient que l'effet direct est une condition suffisante pour entraîner un effet d'exclusion et un effet de substitution, mais rien ne laisse à supposer qu'il soit une condition *sine qua non* de l'effet d'exclusion¹²⁸⁸. En d'autres termes, il est indispensable de distinguer la primauté de l'effet direct, et l'exclusion de la substitution.

Pour produire un effet de substitution, effet complexe, une norme (européenne ou non) doit nécessairement être d'effet direct¹²⁸⁹. En revanche, l'effet d'exclusion, effet simple, est conditionné par l'existence d'un principe hiérarchique tel que le principe de primauté pour le droit de l'Union européenne : l'obligation d'écarter les règles nationales contraires au droit européen s'impose au juge en vertu du principe de primauté et la capacité de la norme de référence à produire, ou non, un effet direct, n'a logiquement et strictement aucune incidence sur cette obligation.

¹²⁸⁶ CJCE 9 mars 1978, *Administration des finances de l'État c. Société anonyme Simmenthal*, 106/77, Rec. p. 629, point 21, p. 644.

¹²⁸⁷ SIMON D., *La directive européenne*, Paris, Dalloz, Connaissance du droit, 1997, p. 95.

¹²⁸⁸ CJCE 19 janvier 1982, *Ursula Becker c. Finanzamt Münster-Innenstadt*, 8/81, Rec. p. 53.

¹²⁸⁹ Cf. *infra*, Section II, Paragraphe II « L'invocabilité de substitution », p. 425 et suivantes.

Certes, le juge interne n'est pas destinataire de l'obligation de transposition et ne peut pas se substituer à l'autorité normative compétente. Mais cette circonstance n'est manifestement pas de nature à l'empêcher d'écarter l'application d'une règle juridique incompatible avec une norme hiérarchiquement supérieure. L'obligation d'assurer la prévalence du droit de l'Union européenne a pour corollaire l'obligation d'écarter l'application de toute norme nationale contraire, et doit être conçue comme indépendante de la capacité de la norme de référence à produire un effet direct¹²⁹⁰. Des effets du principe de primauté dégagés par la Cour de justice résulte la possibilité pour les normes européennes de bénéficier d'une invocabilité minimale, ouverte à tout justiciable désireux de faire contrôler la compatibilité du droit interne au droit de l'Union européenne. Ce régime contentieux implique que le requérant doive pouvoir obtenir la vérification par le juge national que les autorités étatiques n'ont pas outrepassé la marge d'appréciation qui leur est laissée par la directive, quand bien même celle-ci est particulièrement importante¹²⁹¹. En cas d'incompatibilité, le juge national est tenu de considérer, au minimum, les règles internes violant le droit de l'Union européenne comme inopposables : l'effet du droit de l'Union européenne implique une « *prohibition de plein droit* » de les appliquer¹²⁹².

b. La portée du mécanisme de l'invocabilité d'exclusion en droit public français

La distinction entre les conséquences du principe de primauté et de l'effet direct se comprend mieux à l'étude de la jurisprudence du juge administratif français. Jusqu'à une date très récente, le Conseil d'État refusait d'adopter explicitement la doctrine de l'applicabilité directe de certaines dispositions des

¹²⁹⁰ CJCE 28 mars 1996, *Procédure pénale c. Rafael Ruiz Bernáldez*, C-129/94, Rec., I, p. 1829 ; CJCE 30 avril 1996, *CIA Security International SA c. Signalson SA et Securitel SPRL*, C-194/94, Rec., I, p. 2201. Voir également les conclusions de l'Avocat général Siegbert ALBER sur CJCE 14 septembre 2000, *Renato Collino et Luisella Chiappero c. Telecom Italia SpA*, C-343/98, Rec., I, p. 6661 à 6690, spé. point 30, p. 6670. Citées par Denys SIMON, *Le système juridique communautaire*, précité, p. 441.

¹²⁹¹ CJCE 24 octobre 1996, *Aannemersbedrijf P. K. Kraaijeveld BV et autres c. Gedeputeerde Staten van Zuid-Holland*, C-172/95, Rec., I, p. 5403 ; Europe, décembre 1996, n° 452, comm. D. SIMON. CJCE 16 septembre 1999, *World Wildlife Fund (W.W.F.) et autres c. Autonome Provinz Bozen et autres*, C-435/97, Rec., I, p. 5613. CJCE 19 septembre 2000, *Luxembourg c. Berthe Linster et autres*, C-287/98, Rec., I, p. 6917. Cités par Denys SIMON, *op. cit.*, p. 442.

directives européennes non transposées. Toutefois, comme le relèvent Fabien RAYNAUD et Pascale FOMBEUR, la jurisprudence relative à l'invocabilité d'exclusion se développe de manière constructive et sophistiquée, et s'efforce « *en utilisant au maximum toutes les ressources de l'exception d'incompatibilité, d'assurer, en toute hypothèse, l'effectivité du droit communautaire* »¹²⁹³, si bien que seul le cadre conceptuel de la jurisprudence *Cohn-Bendit*¹²⁹⁴ subsiste une vingtaine d'années plus tard. Sous l'empire de cette conception, alors même que les directives européennes sont encore considérées comme dépourvues d'effet direct par définition, la Haute juridiction admet leur invocabilité d'exclusion à l'encontre des actes administratifs procédant à leur transposition¹²⁹⁵, à l'encontre des lois¹²⁹⁶ ou des actes réglementaires étrangers à l'opération de transposition et incompatibles avec les objectifs ou les dispositions d'une directive¹²⁹⁷, et à l'encontre du maintien ou de l'édiction de

¹²⁹² CJCE 13 juillet 1972, *Commission c. Italie*, 48/71, Rec. p. 529.

¹²⁹³ *Chronique générale de jurisprudence administrative française*, note sous CE Ass. 6 février 1998, *M. Tête et Association de sauvegarde de l'Ouest lyonnais*, A.J.D.A., 1998, p. 403 à 407, p. 406.

¹²⁹⁴ CE Ass. 22 décembre 1978, *Ministre de l'Intérieur c. Cohn-Bendit*, précité.

¹²⁹⁵ CE 28 septembre 1984, *Confédération nationale des sociétés de protection des animaux de France et des pays d'expression française*, Rec., Tables, p. 481, p. 512, p. 514, p. 682 ; A.J.D.A., p. 695, concl. P.-A. JEANNENEY ; A.J.D.A., 1985, p. 83, chron. S. HUBAC et J.-E. SCHOETTL ; Quot. jur., 15 décembre 1984, note M. DEYRA.

¹²⁹⁶ CE Ass. 28 février 1992, *Société Arizona Tobacco Products et S.A. Philip Morris France*, Rec. p. 78, concl. M. LAROQUE, p. 82 ; et CE Ass. 28 février 1992, *S.A. Rothmans International France et S.A. Philip Morris France*, Rec. p. 81 ; A.J.D.A., concl., p. 210, et chron. C. MAUGÜÉ et R. SCHWARTZ, p. 329 ; R.F.D.A., p. 425, note L. DUBOUIS. Voir également CE Sect. 3 octobre 1999, *Association ornithologique et mammalogique de Saône-et-Loire et Association France Nature Environnement*, précités. La lecture de ces arrêts révèle que la Haute assemblée semble ne pas s'interroger sur l'éventuel effet direct des dispositions concernées.

¹²⁹⁷ CE 7 décembre 1984, *Fédération française des sociétés de protection de la nature*, Rec. p. 410 ; R.F.D.A., 1985, p. 303, concl. O. DUTHEILLET DE LAMOTHE ; R.T.D.E., 1985, p. 187, concl. ; A.J.D.A., 1985, p. 83, chron. S. HUBAC et J.-E. SCHOETTL ; R.D.P., 1985, p. 811, note J.-M. AUBY « *il ressort clairement des stipulations de l'article 189 du traité du 25 mars 1957 que les directives du conseil des communautés économiques européennes lient les États-membres "quant au résultat à atteindre" : que si, pour atteindre le résultat qu'elles définissent, les autorités nationales, qui sont tenues d'adapter la législation et la réglementation des États-membres aux directives qui leur sont destinées, restent seules compétentes pour décider de la forme à donner à l'exécution de ces directives et pour fixer elles-mêmes, sous le contrôle des juridictions nationales, les moyens propres à leur faire produire leurs effets en droit interne, ces autorités ne peuvent légalement édicter des dispositions réglementaires qui seraient contraires aux objectifs définis par les directives dont il s'agit* ». CE 7 octobre 1988, *Rassemblement des opposants à la chasse, Fédération française des sociétés de protection de la nature, Ligue française pour la protection des oiseaux et Ligue française pour les droits de l'animal*, Rec. p. 271 ; A.J.D.A., 1989, p. 34, concl. E. GUILLAUME ; R.T.D.E., 1989, p. 685, chron. V. CONSTANTINESCO, D. SIMON et P. SOLER-COUTEAUX. CE 25 mai 1990, *Ministre de l'environnement et Fédération Rhône-Alpes de protection de la nature c. Fédération départementale des chasseurs de l'Isère et autres*, Rec. p. 133 ; A.J.D.A., p. 730, note P. LE MIRE ; D., Jurispr., 1991, p. 113, note R. ROMI.

dispositions réglementaires contraires à une directive¹²⁹⁸. Ces solutions sont complétées par l'application de la jurisprudence *Despujol*¹²⁹⁹. Plus encore, le juge administratif impose au pouvoir réglementaire de s'abstenir de prendre les mesures d'application d'une loi qui contreviendrait aux engagements internationaux de la France. *A contrario*, en ne prenant pas les mesures réglementaires destinées à permettre la mise en œuvre d'une disposition législative contraire aux objectifs fixés par une directive européenne, le gouvernement se conforme « *aux exigences inhérentes à la hiérarchie des normes dans l'ordre juridique interne, telles qu'elles découlent de l'article 55 de la Constitution* »¹³⁰⁰. Enfin, la jurisprudence administrative fait produire à l'exception d'incompatibilité des effets maximaux en décidant de la faire jouer même en l'absence de texte : aucune règle, même non écrite (et notamment jurisprudentielle), ne peut s'appliquer si elle contrevient aux objectifs d'une directive européenne¹³⁰¹. Ainsi, « *l'invocation d'exclusion, qui traduit l'obligation d'assurer la prévalence du droit communautaire, n'est pas subordonnée au caractère précis et inconditionnel de la disposition invoquée* »¹³⁰².

L'effet d'exclusion se fonde sur une logique hiérarchique inhérente au principe de primauté du droit de l'Union européenne dont découle l'obligation de neutraliser les effets de la norme nationale contraires aux objectifs fixés par une directive. La neutralisation des effets juridiques incompatibles est obtenue par divers moyens, en fonction de la nature de la règle interne. Le juge procède principalement à l'annulation de la règle interne ou à la déclaration d'inapplicabilité. Ce résultat traduit un effet plus important, mais aussi moins nuancé, que celui recherché par l'invocabilité d'interprétation. L'invocabilité d'exclusion est donc considérée comme

¹²⁹⁸ CE Ass. 3 février 1989, *Compagnie Alitalia*, précité. Voir également CE 30 décembre 1996, *Fédération nationale des infirmiers et autres*, Rec. p. 515 ; R.F.D.A., 1997, p. 212 ; Europe, avril 1997, n° 102, comm. D. RITLENG.

¹²⁹⁹ CE 10 janvier 1930, *Despujol*, Rec. p. 30 ; D. 1930, III, p. 16, note P.L.J. ; S., III, p. 41, note R. ALIBERT ; G.A.J.A. n° 42.

¹³⁰⁰ CE 24 février 1999, *Association de patients de la médecine d'orientation anthroposophique et autres*, précité.

¹³⁰¹ CE Ass. 6 février 1998, *M. Tête et Association de sauvegarde de l'Ouest lyonnais*, et CE Sect. 20 mai 1998, *Communauté de communes du Piémont-de-Barr, Service des eaux et de l'assainissement du Bas-Rhin*, précités.

¹³⁰² GUYOMAR M., concl. sur CE Ass. 30 octobre 2009, *Mme Perreux*, R.F.D.A., 2009, p. 1125 à 1145, p. 1130-1131.

appelant un effet juridique simple, et repose sur une alternative binaire : soit la norme interne est compatible et s'applique, soit elle ne l'est pas et doit être annulée ou son application doit être écartée.

Le changement de conception de l'applicabilité de la directive européenne opéré définitivement par la jurisprudence *Mme Perreux*¹³⁰³ conduit à s'interroger sur les conditions d'invocabilité d'une directive aux fins d'exclusion d'un acte administratif ou d'une loi contraire. La formulation du considérant de principe de l'arrêt¹³⁰⁴ opère une distinction en fonction de l'acte contesté, comme l'indique l'emploi de la locution adverbiale « *en outre* ». De manière générale, il est possible de demander l'annulation « *des dispositions réglementaires qui seraient contraires aux objectifs définis par les directives* », par voie d'action ou par voie d'exception, sans condition tenant à la qualité de la formulation de la directive. « *En outre* », l'invocabilité d'exclusion tendant à l'annulation d'un acte administratif non réglementaire dépend de la satisfaction de deux conditions cumulatives : la première tient à la formulation des dispositions de référence de la directive, qui doivent être « *précises et inconditionnelles* », la seconde est relative à l'expiration du délai de transposition. Ainsi, les éléments déterminants de l'applicabilité de la directive sont sans incidence sur son invocabilité d'exclusion à l'encontre des actes administratifs

¹³⁰³ CE Ass. 30 octobre 2009, *Mme Perreux*, précité.

¹³⁰⁴ « *Considérant que la transposition en droit interne des directives communautaires, qui est une obligation résultant du Traité instituant la Communauté européenne, revêt, en outre, en vertu de l'article 88-1 de la Constitution, le caractère d'une obligation constitutionnelle ; que, pour chacun de ces deux motifs, il appartient au juge national, juge de droit commun de l'application du droit communautaire, de garantir l'effectivité des droits que toute personne tient de cette obligation à l'égard des autorités publiques ; que tout justiciable peut en conséquence demander l'annulation des dispositions réglementaires qui seraient contraires aux objectifs définis par les directives et, pour contester une décision administrative, faire valoir, par voie d'action ou par voie d'exception, qu'après l'expiration des délais impartis, les autorités nationales ne peuvent ni laisser subsister des dispositions réglementaires, ni continuer de faire application des règles, écrites ou non écrites, de droit national qui ne seraient pas compatibles avec les objectifs définis par les directives ; qu'en outre, tout justiciable peut se prévaloir, à l'appui d'un recours dirigé contre un acte administratif non réglementaire, des dispositions précises et inconditionnelles d'une directive, lorsque l'État n'a pas pris, dans les délais impartis par celle-ci, les mesures de transposition nécessaires* ».

réglementaires, mais conditionnent l'invocabilité d'exclusion des actes non réglementaires¹³⁰⁵.

Ces observations mènent à porter un regard nouveau sur l'existence d'hypothèses d'invocabilité d'exclusion d'autres normes non directement applicables. Le contrôle de conformité de la loi à la Constitution constitue un exemple parfait du jeu de l'invocabilité d'exclusion. Dans le cadre d'un contrôle de constitutionnalité effectué au titre de l'article 61, l'invocabilité d'exclusion des normes de valeur constitutionnelle à l'encontre de la loi non promulguée est totalement indépendante de la qualité de leurs énoncés. En revanche, dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité de l'article 61-1 de la Constitution, l'invocabilité d'exclusion des règles constitutionnelles est soumise aux exigences spécifiques de la procédure : seuls les « *droits et libertés que la Constitution garantit* » sont invocables. C'est ainsi que l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi est invocable, par lui-même, dans le cadre de la procédure de l'article 61 de la Constitution, mais pas dans celui de la question prioritaire de constitutionnalité. Il est en effet nécessaire d'établir que sa méconnaissance par une disposition législative « *porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit* »¹³⁰⁶. Enfin, il reste à mentionner le cas de l'invocabilité de la loi insuffisamment précise pour s'appliquer par elle-même qui vise à l'exclusion d'une décision de refus de prendre des mesures réglementaires d'application¹³⁰⁷.

En revanche, tel n'est pas le régime contentieux des stipulations conventionnelles ou des normes constitutionnelles considérées comme non directement applicables par le juge administratif. En effet, les articles 2-2 et 3-2 de la

¹³⁰⁵ Dans ces circonstances, il est impossible de ne pas comparer cette solution aux propositions relatives à l'invocabilité des stipulations du droit international conventionnel formulées par Ronny ABRAHAM, concl. sur CE Sect. 23 avril 1997, *Groupeement d'information et de soutien des travailleurs immigrés (G.I.S.T.I.)*, R.F.D.A., p. 585.

¹³⁰⁶ CC n° 2010-4/17 QPC, 22 juillet 2010, *M. Alain C. et autre*, Rec. p. 156, considérant 9, p. 158 : « *si l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, impose au législateur d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques, sa méconnaissance ne peut, en elle-même, être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution* ».

¹³⁰⁷ Cf. *supra*, p. 333 et suivantes.

Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant ont pour destinataires les États, mais aussi les enfants à qui sont reconnus des droits. Or, elles « sont dépourvues d'effet direct »¹³⁰⁸. En d'autres termes, elles « ne produisent pas d'effet direct à l'égard des particuliers, et ne peuvent donc être utilement invoquées à l'appui de conclusions dirigées contre un acte administratif, individuel ou réglementaire »¹³⁰⁹. Les obstacles à l'invocabilité de certains articles de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant ont pour conséquence l'impossibilité pour l'administré d'obtenir l'annulation juridictionnelle des actes administratifs qui contreviendraient aux exigences des obligations stipulées. La solution est réaffirmée de manière régulière et constante¹³¹⁰. La Haute juridiction emploie une formulation légèrement différente pour les normes internes, notamment constitutionnelles. Si les différentes composantes du Préambule de la Constitution sont assez rapidement acceptées comme sources du droit administratif¹³¹¹, la référence directe aux différentes dispositions reste longtemps exceptionnelle, les juridictions administratives leur préférant l'utilisation des principes généraux du droit¹³¹². Les alinéas 4¹³¹³, 8¹³¹⁴, 10¹³¹⁵,

¹³⁰⁸ CE 6 octobre 2000, *Association Promouvoir et autres*, Rec. p. 391 ; A.J.D.A., p. 1060, concl. S. BOISSARD ; CE Sect. 31 octobre 2008, *Section française de l'Observatoire international des prisons*, Rec. p. 374, concl. M. GUYOMAR ; R.F.D.A., 2009, p. 73, concl. ; A.J.D.A., p. 2389, chron. E. GEFFRAY et S.-J. LIÉBER ; Gaz. Pal, n° 348, 13 décembre 2008, p. 33, note M. GUYOMAR ; D., 2009, n° 2, p. 134, note M. HERZOG-EVANS ; D.A., janvier 2009, comm. n° 10, p. 31, note F. MELLERAY.

¹³⁰⁹ CE 30 juin 1999, *Guichard*, Rec. p. 218 ; D. 2000, p. 1, note F. BOULANGER ; D.A., octobre 1999, comm. n° 256, p. 20 ; J.C.P., G., IV, 1999, 3094, obs. M.-C. ROUAULT.

¹³¹⁰ Par exemple, CE 19 mars 2010, *Syndicat national des officiers de police*, n° 317225, inédit au Recueil Lebon : « considérant que les stipulations de l'article 4 de la charte sociale européenne, par lesquelles les États contractants s'engagent à reconnaître le droit des travailleurs à un taux de rémunération majoré pour les heures de travail supplémentaires en vue d'assurer l'exercice effectif du droit à une rémunération équitable ne produisent pas d'effets directs à l'égard des nationaux de ces États et ne peuvent, dès lors, être invoquées utilement à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir ».

¹³¹¹ S'agissant de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, CE 7 juin 1957, *Condamine*, R.D.P., 1958, p. 100, note M. WALINE, p. 98 ; quant aux dispositions du Préambule de la Constitution de 1946, CE Ass. 7 juillet 1950, *Dehaene*, précité.

¹³¹² CE Sect. 26 juin 1959, *Syndicat général des ingénieurs conseils*, Rec. p. 394 ; G.A.J.A. n° 75 ; CE Ass. 8 décembre 1978, *Groupement d'information des travailleurs immigrés (G.I.S.T.I.), Confédération française démocratique du travail (C.F.D.T.) et Confédération générale du travail (C.G.T.)*, Rec. p. 493, concl. P. DONDOUX ; Dr. Soc., 1979, p. 57, concl. ; A.J.D.A., 1979, p. 38, note O. DUTHEILLET DE LAMOTHE et Y. ROBINEAU ; Dr. ouvrier, 1979, p. 1, note M. BONNECHÈRE ; D., 1979, p. 661, note L. HAMON G.A.J.A. n° 87.

¹³¹³ CE 27 septembre 1985, *Association France Terre d'Asile*, Rec. p. 263.

¹³¹⁴ CE Sect. 15 décembre 1978, *Manufacture française des pneumatiques Michelin*, Rec. p. 508 ; CE 9 juillet 1986, *Syndicat des commissaires de police et des hauts fonctionnaires de la police*, Rec., Tables, p. 586 ; R.D.P., 1987, p. 250.

11¹³¹⁶ et 12¹³¹⁷ du Préambule de la Constitution de 1946 ne « *s'imposent* » au pouvoir réglementaire que dans certaines conditions¹³¹⁸. Il est également utile de rappeler que le potentiel d'invocabilité des objectifs de valeur constitutionnelle devant le juge ordinaire reste également faible¹³¹⁹.

B – L'empêchement d'un comportement ou de la réalisation des effets juridiques d'un acte

L'invocabilité d'empêchement est un mécanisme particulier et particulièrement complexe qui trouve à se réaliser dans des hypothèses contentieuses spécifiques. Il est ainsi utile de déterminer, en premier lieu, la nature et le mode de fonctionnement de l'invocabilité d'empêchement de manière théorique (1) avant d'analyser, en second lieu, les hypothèses pratiques d'invocabilité d'empêchement des normes non directement applicables (2).

¹³¹⁵ CE 29 juillet 2002, *Bouzid*, n° 234329, inédit au Recueil Lebon.

¹³¹⁶ CE 28 juillet 2004, *Préfet de Police c. Nait Saada*, n° 253927, inédit au Recueil Lebon. Cet alinéa fait pourtant l'objet d'une jurisprudence fluctuante, comme en témoignent certains arrêts pouvant être interprétés comme admettant l'examen du moyen : CE 7 mai 1999, *Syndicat national des médecins biologistes et autres*, n° 190652, inédit au Recueil Lebon ; CE 29 décembre 2000, *Syndicat national des masseurs-kinésithérapeutes rééducateurs*, Rec., Tables, p. 801 et p. 1209 ; CE 11 avril 2005, *Association pour la promotion de l'odontologie libérale*, Rec. p. 146 ; A.J.D.A., p. 1199. Toutefois, il est nécessaire de constater que ces décisions font tantôt référence aux « *garanties de protection de la santé publique découlant du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946* », tantôt au « *principe de protection de la santé garanti par le préambule de la Constitution de 1946* » tantôt encore aux « *exigences qui découlent du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 en matière de protection de la santé* ». L'énoncé de l'alinéa 11 n'est pas visé en lui-même, mais n'est qu'un fondement juridique de principes ou de garanties dégagés de la jurisprudence du Conseil constitutionnel (comme le démontre Laurence GAY, *op. cit.*, spé. p. 581 à 591), qui elles, seraient directement applicables.

¹³¹⁷ CE 29 novembre 1968, *Tallagrand*, Rec. p. 607.

¹³¹⁸ CE 27 septembre 1985, *Association France Terre d'Asile*, Rec. p. 263 : « *le principe posé par les dispositions du préambule de la constitution du 27 octobre 1946, auquel se réfère la constitution du 4 octobre 1958, aux termes desquels "tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a droit d'asile sur le territoire de la République" ne s'impose au pouvoir réglementaire, en l'absence de précision suffisante, que dans les conditions et limites définies par les dispositions contenues dans les lois ou dans les conventions internationales incorporées au droit français ; que, par suite, les associations requérantes ne sauraient utilement, pour critiquer la légalité de l'article 9 du décret attaqué, invoquer ce principe indépendamment desdites dispositions* ». Il est important de préciser que la Haute juridiction utilise désormais un autre fondement juridique, voir *infra* p. 467 et suivantes.

¹³¹⁹ Cf. *supra*, « La notion d'obligation d'application des textes », p. 233.

1. Le mécanisme de l'invocabilité d'empêchement

L'invocabilité d'empêchement n'est pas envisagée dans la « déconstruction/reconstruction » théorique de Denys SIMON de la gradation de l'invocabilité autour de l'élément central du degré de justiciabilité. Cette absence s'explique probablement par le fait que peu de procédures issues du droit de l'Union européenne sont de nature à englober les hypothèses recouvertes par l'invocabilité d'empêchement.

L'invocabilité d'empêchement est une notion large qui peut correspondre à plusieurs situations. Le mécanisme de l'invocabilité d'empêchement consiste pour un justiciable, dans un but négatif, à se prévaloir d'une norme juridique afin d'empêcher une situation de se produire ou de se prolonger. La situation contestée peut résulter de l'exécution d'un acte juridique, dans ce cas, l'invocabilité d'empêchement vise à neutraliser la production d'effets juridiques par cet acte. Cette hypothèse, concrétisée par le référé-suspension, se distingue de celle recouverte par l'invocabilité d'exclusion tant par sa nature, que par son objet et ses effets. Comme il a déjà été démontré, l'invocabilité d'exclusion est un mécanisme simple, comportant un fondement juridique, et visant à un résultat strictement déterminé. L'invocabilité d'empêchement est par nature complexe, et ne vise pas à annuler ou à écarter l'application d'une norme incompatible à une norme supérieure, mais à déjouer les effets juridiques produits par l'exécution d'une norme. L'invocabilité d'exclusion et l'invocabilité d'empêchement se rejoignent sur la nature essentiellement négative du résultat qu'elles permettent d'atteindre, et sur la nécessité d'un constat d'illégalité à l'origine du mécanisme. Mais l'invocabilité d'empêchement, dans l'hypothèse où elle vise à neutraliser la production d'effets juridiques par un acte, revêt un aspect préventif, alors que l'invocabilité d'exclusion est, par essence, curative. Par ailleurs, dans le cadre du référé-liberté, l'invocabilité d'empêchement a pour objet de protéger une liberté fondamentale contre les atteintes graves et manifestement illégales portées par les pouvoirs publics dans l'exercice de leur compétence. Dans ce contexte, l'invocabilité d'empêchement permet de mettre fin à une situation, de l'empêcher de se prolonger une fois constatée et est ainsi utilisée à des fins curatives.

Cette hypothèse témoigne également de la complexité de l'invocabilité

d'empêchement, en ce qu'elle suppose une opération particulière d'appréciation de la situation par la qualification juridique de faits et d'actes, qui va bien au-delà d'un contrôle de compatibilité entre deux normes débouchant sur une exclusion.

Enfin, l'invocabilité d'empêchement peut également s'exercer dans un objectif positif, en permettant d'éviter une carence fautive, par la contrainte d'une autorité publique à l'action. Dans cette perspective, le justiciable est amené à se prévaloir d'une norme juridique afin d'éviter une carence. Or, les procédures permettant de constater et de sanctionner une carence – envisageables dans le cadre de la présente étude – sont hétérogènes : il s'agit de certains recours en constatation de manquement, du recours pour excès de pouvoir contre le refus d'édicter un acte réglementaire d'application d'un texte, de l'action en responsabilité de l'État en cas de refus de satisfaire à l'obligation d'exercice du pouvoir réglementaire à l'origine d'un préjudice, de l'utilisation du moyen de l'incompétence négative du législateur dans les procédures du contrôle *a priori* de conformité des lois à la Constitution et de la question prioritaire de constitutionnalité. Exercée dans le contexte de la sanction de la carence, l'invocabilité d'empêchement nécessite, pour aboutir avec succès, l'existence d'une obligation de production normative, telle que l'obligation d'exercice du pouvoir réglementaire d'application des textes ou encore l'obligation de transposition des directives européennes. Le comportement à empêcher est en réalité une inertie constitutive d'un manquement à une obligation d'agir. Le mécanisme de l'invocabilité d'empêchement passe donc par un constat de carence, qualifiable de manquement à l'obligation précédemment évoquée. Ainsi le refus d'exercice du pouvoir réglementaire ne revêt un tel caractère qu'une fois un délai raisonnable écoulé, et l'incompétence négative du législateur n'est sanctionnée que sous certaines conditions¹³²⁰. Cette forme d'invocabilité d'empêchement se révèle faire appel à des mécanismes complexes, d'appréciation d'un manquement à une obligation, et de qualification de l'inaction en comportement fautif au regard de l'obligation d'agir, dans un but essentiellement curatif.

¹³²⁰ Voir *supra*, « Le contrôle du défaut de mise en œuvre des normes non directement applicables par l'incompétence négative », p. 342.

2. Une reconnaissance variable de l'opérance du mécanisme pour les normes non directement applicables

La dernière hypothèse envisagée concerne le fonctionnement de l'invocabilité d'empêchement au travers du prisme du recours en carence, et est celle dans le cadre de laquelle les normes non directement applicables trouvent un terrain privilégié d'invocabilité. Il est ainsi nécessaire de rappeler que la pratique juridictionnelle en matière d'opérance des moyens dans un tel objectif est spécifique, et ce, pour des raisons évidentes. En effet, comme il a déjà été précisé, la Cour de Luxembourg délie l'effet direct des directives européennes de leur invocabilité dans le cadre d'un recours en constatation de manquement. Plus précisément, eu égard aux comportements qualifiables de manquement au sens des articles 259 et 260 du T.F.U.E. en matière de directives¹³²¹, le caractère précis et inconditionnel des dispositions de celles-ci ne sont d'aucune incidence sur leur invocabilité. En revanche, l'objectif du recours en constatation de manquement étant de vérifier que les États membres n'outrepassent pas les limites de leur liberté d'appréciation, la précision du contenu des dispositions d'une directive est proportionnelle au niveau d'exigence de la Cour, et a donc une influence directe sur l'intensité de son contrôle. Plus encore, ce constat peut s'appliquer à la jurisprudence constitutionnelle relative au contrôle de l'incompétence négative du législateur, dont la recevabilité n'est conditionnée en aucune façon par le degré de précision de la norme constitutionnelle invoquée, mais dont l'intensité du contrôle varie en fonction de ce critère. Une observation similaire se dégage de l'étude des contrôles des lois de transpositions par le Conseil constitutionnel¹³²² et de manière plus indirecte, des actes réglementaires de transposition par le Conseil d'État¹³²³, dans les cadres desquels le degré de précision de la norme invoquée ne conditionne pas son invocabilité. Enfin, la sanction du

¹³²¹ Cf. *supra*, « La procédure juridictionnelle du recours en constatation de manquement », p. 324 : le manquement peut principalement être constitué par une violation de l'obligation de résultat, par une violation des obligations formelles de transposition de la directive, ou par une violation des obligations figurant dans le texte de la directive.

¹³²² CC n° 2004-497 DC, 1^{er} juillet 2004, *Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle*, Rec. p. 107, spé. considérants 19 et 20, p. 111. CC n° 2010-79 QPC, 17 décembre 2010, *M. Kamel D.*, Rec. p. 406, considérant 3, p. 407. Voir *supra*, p. 328.

¹³²³ CE, 28 septembre 1984, *Confédération nationale des sociétés de protection des animaux de France et des pays d'expression française*, précité. Voir *supra*, p. 328.

manquement à l'obligation d'exercice du pouvoir réglementaire d'application des textes, tant dans le cadre du recours pour excès de pouvoir que de celui de l'engagement de la responsabilité de l'État, ne peut s'exercer qu'à la condition que le texte à appliquer n'est pas suffisamment précis pour être directement applicable¹³²⁴ : il est nécessaire que l'application du texte soit « *rendue impossible par l'absence* » d'acte réglementaire. Le juge considère que la précision du texte, en lui permettant de s'appliquer sans intermédiaire, a pour effet de délier l'administration de l'obligation d'exercice du pouvoir réglementaire d'application, qui devient ainsi une simple faculté. Il est intéressant de constater dès à présent que les critères du caractère non directement applicable de ces normes passent d'un emploi aux fins de déterminer l'admission d'un moyen dans certains contextes contentieux à un usage radicalement différent dans le cadre du constat de carence.

Par ailleurs, les deux autres hypothèses d'application du mécanisme de l'invocabilité d'empêchement se réalisent dans les procédures administratives d'urgences que sont le référé-suspension et le référé-liberté. L'article L. 521-1 du Code de justice administrative, relatif au référé-suspension, institue en son premier alinéa une procédure ayant pour objet d'empêcher provisoirement une décision administrative de produire ses effets¹³²⁵. Le juge du référé-suspension n'est pas juge du principal et ne peut prendre que des mesures provisoires. Il prend en compte la situation juridique, s'en tient à l'apparence et à la vraisemblance. En dehors de l'influence importante de facteurs relatifs à l'office particulier du juge des référés sur l'invocabilité des normes propres à établir le doute sérieux quant à la légalité de la décision contestée, il est possible de constater que, malgré des conditions d'invocabilité apparemment plus strictes, certains cas d'invocabilité des normes non directement applicables sont admis. Par exemple, le moyen tiré de l'incompatibilité des conditions dans lesquelles des permis de construire ont été délivrés, avec les stipulations d'une directive européenne non transposée dans le délai prévu est

¹³²⁴ Pour un exemple récent, voir CE 11 mai 2007, *Mme Pierres*, précité.

¹³²⁵ « *Quand une décision administrative, même de rejet, fait l'objet d'une requête en annulation ou en réformation, le juge des référés, saisi d'une demande en ce sens, peut ordonner la suspension de l'exécution de cette décision, ou de certains de ses effets, lorsque l'urgence le justifie et qu'il est fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision* ».

retenu comme propre à faire naître un doute sérieux sur la légalité de la décision contestée¹³²⁶. Plus encore, l'appréciation de la condition d'urgence doit être menée en prenant en compte les objectifs d'intérêt général contenus dans une directive européenne. Pour obtenir la suspension d'un acte réglementaire de transposition, le requérant peut utilement se prévaloir des vices dont la directive serait elle-même entachée, tels qu'un fondement conventionnel erroné ou une probable incompatibilité aux principes généraux du droit de l'Union européenne¹³²⁷.

L'article L. 521-2 du Code de justice administrative, relatif au référé-liberté, permet, dans certaines conditions, au juge administratif d'ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale¹³²⁸. L'effet « d'exclusion » recherché par le requérant résulte, dans ce cas, des particularismes de la procédure du référé-liberté. L'invocabilité des normes non directement applicables susceptibles de consacrer des droits dépend fortement de la qualification retenue par le juge des référés de la notion de liberté fondamentale, et de sa position quant aux normes applicables dans ce cadre. Les premiers éléments relatifs à l'invocabilité d'empêchement de normes non directement applicables se trouvent dans une

¹³²⁶ CE, ord. réf., 3 mars 2004, *Société Ploudalmezeau Breiz Avel*, n° 259001, Rec. p. 123 ; A.J.D.A., p. 1143, note S. HUL ; D.A., mai 2004, p. 30 ; J.C.P., A., 1607, note P. BILLET.

¹³²⁷ CE, ord. réf., 29 octobre 2003, *Société Techna S.A. et autres*, Rec. p. 422 ; A.J.D.A., 2004, p. 540, note A.-E. COURRIER ; C.J.E.G., 2004, n° 605, p. 31, note P. CASSIA ; J.C.P., A., 2004, 1028, note D. KATZ ; D.A., 2004, n° 14 ; Dr. rur., n° 325, août-septembre 2004, p. 472 ; Europe, 2004, chron. p. 5 ; D., 2005, p. 859, chron. A. LOUVARIS. Il est intéressant de préciser que, pour les mêmes motifs, la High Court of Justice de Londres a suspendu l'acte transposant la directive en droit britannique et a saisi la Cour de justice des Communautés européennes d'une question préjudicielle le 6 octobre 2003. La Cour de justice a répondu par un arrêt CJCE 6 décembre 2005, *ABNA Ltd et autres c. Secretary of State for Health et autres*, aff. jointes C-453/03, C-12/04 et C-149/04, Rec., I, p. 10423. L'affaire *Société Techna* est finalement tranchée au fond par une décision CE Sect. 27 octobre 2006, *Société Techna S.A. et autres*, Rec. p. 451 ; A.J.D.A., p. 2385, chron. C. LANDAIS et F. LENICA ; J.C.P., G., I, 201, chron. B. PLESSIX, et II, 10208, note S. DAMAREY ; L.P.A., n° 1-2, 1-2 janvier 2007, p. 3, note F. CHALTIEL ; J.C.P., A., 2007, 2001, note F. MELLERAY ; D., 2007, n° 9, p. 621, note P. CASSIA.

¹³²⁸ « Saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale ».

ordonnance de référé du 3 mai 2002¹³²⁹ : « si, dans une décision du 29 juillet 1998, le Conseil constitutionnel a qualifié d'objectif de valeur constitutionnelle la "possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent", il n'a pas consacré l'existence d'un droit au logement ayant rang de principe constitutionnel ; que les stipulations relatives à l'accès des particuliers au logement qui sont contenues dans certaines conventions internationales ratifiées par la France ne créent d'obligation qu'entre les États parties à ces conventions et ne produisent pas d'effet direct à l'égard des personnes privées ; qu'ainsi, les organisations requérantes ne sont pas fondées à soutenir que le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, auquel se réfère le préambule de la Constitution du 4 octobre 1958, ou lesdites conventions garantiraient l'exercice d'un droit au logement qui présenterait le caractère d'une liberté fondamentale au sens des dispositions de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative ». L'établissement d'une distinction entre les catégories juridiques de principe constitutionnel et d'objectif constitutionnel emporte des conséquences sur l'applicabilité du contenu normatif : les principes (et les droits) s'adressent aux individus, peuvent constituer des libertés fondamentales au sens de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative et sont donc invocables ; les objectifs s'adressent au législateur, ne sont donc pas de nature à constituer des libertés fondamentales, et ne sont donc pas invocables¹³³⁰. Comme le souligne Pierre DE MONTALIVET, d'autres décisions ultérieures¹³³¹ confirment l'emploi de ce raisonnement¹³³². Pour

¹³²⁹ CE, ord. réf., 3 mai 2002, *Association de réinsertion sociale du Limousin et autres*, n° 245697, Rec. p. 168 ; R.F.D.A., p. 856 ; A.J.D.A., p. 818, note E. DESCHAMPS ; L.P.A., n° 178, 5 sept. 2002, p. 4, note P. JAN. La formule employée ensuite est plus succincte : « le droit au logement (...) n'est pas au nombre des libertés fondamentales au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, alors même qu'il constitue un objectif à valeur constitutionnelle », CE, ord. réf., 23 mars 2009, *Ministre de l'immigration, de l'intégration, de l'identité nationale et du développement solidaire c. M. Gaghiev et Mme Gaghieva*, n° 325884, Rec., Tables, p. 789 ; A.J.D.A., p. 679, note Z. AÏT-EL-KADI.

¹³³⁰ TRÉMEAU J., *Le référé-liberté, instrument de protection du droit de propriété*, A.J.D.A., 2003, p. 657. Cité par P. DE MONTALIVET, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, Paris, Dalloz, Bibliothèque parlementaire et constitutionnelle, 2006, p. 491. Il est important de noter que cette distinction est reprise et développée par le commissaire du Gouvernement Mattias GUYOMAR, dans ses conclusions sur CE 19 juin 2006, *Association Eau et rivière de Bretagne*, précité, B.J.C.L., 7/06, p. 475 à 478, p. 476 : les distinctions établies par le Conseil d'État « doivent être rapprochées de celles que le Conseil constitutionnel établit entre les objectifs et les principes de valeur constitutionnelle. En toute rigueur en effet, les premiers impliquent une médiation législative pour être invocables devant le juge ordinaire tandis que les seconds sont d'application directe devant lui ».

¹³³¹ CE, ord. réf., 19 janvier 2005, *Chevalier*, n° 276562, Rec. p. 23 ; CE, ord. réf., 8 septembre 2005, *Garde des Sceaux, ministre de la Justice c. Bunel*, n° 284803, Rec. p. 388 ; L.P.A., n° 228, 16 novembre 2005, p. 6, note C. CLÉMENT ; A.J.D.A., 2006, p. 376, note M. LAUDIGEOIS ; D., 2006, n° 2, Jur., p. 124, note X. BIOY.

autant, n'est-il pas pertinent d'en conclure que les normes non directement applicables ne peuvent pas être qualifiées de liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative de ce simple fait, et, réciproquement, que seules les normes directement applicables peuvent faire l'objet de cette qualification. Si le droit au logement n'est, à l'origine, pas considéré comme qualifiable de liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative, le Conseil d'État décide le 10 février 2012 qu'« *il appartient aux autorités de l'État de mettre en œuvre le droit à l'hébergement d'urgence reconnu par la loi à toute personne sans abri qui se trouve en situation de détresse médicale, psychique et sociale ; qu'une carence caractérisée dans l'accomplissement de cette tâche peut, (...) faire apparaître (...) une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale lorsqu'elle entraîne des conséquences graves pour la personne intéressée ; qu'il incombe au juge des référés d'apprécier dans chaque cas les diligences accomplies par l'administration en tenant compte des moyens dont elle dispose ainsi que de l'âge, de l'état de la santé et de la situation de famille de la personne intéressée* »¹³³³. L'ensemble des décisions de refus ou d'admission de la qualité de liberté fondamentale permet de distinguer des hypothèses d'invocabilité « spécifique », correspondant au cadre particulier d'exercice de l'invocabilité que constitue le référé-liberté, et des hypothèses d'invocabilité « générale ».

Ces invocabilités révélatrices d'une intensité considérée comme moindre, mais réelle de la justiciabilité des normes, semblent aisément reconnues aux normes non directement applicables en droit de l'Union européenne, mais peu en-dehors de ce cadre. Les mécanismes précédemment décrits révèlent pourtant leur compatibilité à la structure juridique particulière des normes non directement applicables, aux exigences modernes liées au droit au recours, et au nécessaire respect des règles de compétence. Pourtant, l'attitude du juge administratif français semble, à cet égard, particulièrement en retrait, que la norme soit non directement applicable du fait de l'absence d'une *interpositio legislatoris* ou de l'absence de précision de son énoncé.

¹³³² DE MONTALIVET P., *op. cit.*, p. 491.

¹³³³ CE, ord. réf., 10 février 2012, M. Karamoko Fofana, n° 356456, à paraître aux Tables du Recueil Lebon ; A.J.D.A., p. 716, note A. DURANTHON.

Section II : Les invocabilités correspondant à une justiciabilité maximale

Le degré maximal de justiciabilité correspond notamment aux effets positifs produits par les normes invoquées. Ce degré de justiciabilité est qualifié de maximal dans la mesure où il traduit la capacité de la norme de produire des effets contentieux actifs, allant au-delà de la simple exclusion ou de l'empêchement. Il est ainsi possible pour une norme juridique de servir de fondement à un droit à réparation en cas de violation de ses dispositions (Paragraphe I). Il est également envisageable qu'une norme juridique ait vocation à s'appliquer aux lieux et places d'une règle incompatible (Paragraphe II). Il reste à préciser que les mécanismes de l'invocabilité de réparation et de l'invocabilité de substitution ne peuvent s'inscrire que dans un nombre limité de contentieux, ouverts devant la Cour de justice de l'Union européenne ou devant le juge administratif français.

Paragraphe I : L'invocabilité de réparation

En droit de l'Union européenne, l'invocabilité de réparation « *permet de solliciter de la juridiction nationale compétente l'octroi d'une indemnisation des dommages causés par les infractions au droit communautaire commises par les autorités nationales* »¹³³⁴. Cette définition peut aisément être élargie au champ du droit public français, en prenant en compte les diverses procédures d'engagement de la responsabilité de l'État. La classification théorique de Denys SIMON des différents types d'invocabilité du droit de l'Union européenne autour du degré de justiciabilité qu'ils manifestent place l'invocabilité de réparation dans la catégorie des mécanismes associés à un degré de justiciabilité minimale¹³³⁵. Telle n'est pas l'approche retenue ici, en raison de la variété des procédures de responsabilité offerte par le droit français. La complexité du mécanisme de l'invocabilité de réparation se révèle, dans un premier temps, à l'étude de la pluralité de ses fondements (A), puis, dans un second temps, à l'analyse de la variété de ses effets (B).

A – Une invocabilité aux fondements juridiques complémentaires

L’invocabilité de réparation est un mécanisme complexe, notamment du fait de la combinaison des deux catégories de ses fondements juridiques principaux. La première catégorie est relative aux exigences du respect du droit objectif (1), la seconde est construite autour de l’existence d’un droit subjectif (2)¹³³⁶.

1. Une invocabilité fondée sur des exigences de nature objective

L’invocabilité de réparation ne se conçoit pas de manière différente en droit de l’Union européenne et en droit français. Force est de constater cependant d’importantes différences dans son utilisation contentieuse. Ces divergences apparentes de pratique sont en réalité des divergences de fondements juridiques. Alors que le mécanisme de l’invocabilité d’empêchement est une conséquence du principe de primauté du droit de l’Union européenne (a), il est également le pendant de l’existence d’obligations objectives précises en droit public interne (b).

a. Un mécanisme découlant du principe de primauté du droit de l’Union européenne

Comme le démontre Denys SIMON¹³³⁷, l’invocabilité de réparation en droit de l’Union européenne découle d’un droit à réparation dont le fondement réside dans le principe de primauté, indépendamment de l’effet direct de la norme européenne en cause. La décision de principe en la matière, relative au contentieux de l’application nationale des directives, illustre le propos de manière particulièrement claire¹³³⁸. Dans cette affaire, en premier lieu, la Cour de Luxembourg considère la directive invoquée comme dépourvue d’effet direct, en d’autres termes,

¹³³⁴ SIMON D., *op. cit.*, p. 443-444.

¹³³⁵ SIMON D., *op. cit.*, p. 443 à 445.

¹³³⁶ « Qui appartient à une personne. Ex. droit subjectif, prérogative individuelle qui existe sur la tête d’une personne titulaire du droit », CORNU G., *Vocabulaire juridique*, précité, v^e « Subjectif », p. 982.

¹³³⁷ SIMON D., *op. cit.*, p. 444 ; mais également, *La directive européenne*, précité, spé. p. 100-101.

¹³³⁸ CJCE 19 novembre 1991, *Andrea Francovich et Danila Bonifaci et autres c. République italienne*, aff. jointes C-6/90 et C-9/90, Rec., I, p. 5357.

comme n'étant pas de nature être appliquée directement par le juge interne¹³³⁹. En second lieu, après un rappel du principe de primauté consacré par la jurisprudence *Van Gend & Loos*¹³⁴⁰ et des obligations « *d'assurer le plein effet de ces normes et de protéger les droits qu'elles confèrent aux particuliers* » qui en découlent pour les juridictions nationales¹³⁴¹, la Cour explique que l'illégalité commise par l'État est de nature à engager sa responsabilité, du fait de l'absence de transposition de la directive dans les délais prévus¹³⁴².

L'absence de lien entre la nature de la norme ne satisfaisant pas les conditions techniques de précision et d'inconditionnalité, et son invocabilité aux fins de réparation est confirmée, à de nombreuses reprises, en des occurrences ultérieures. La Cour de justice a continué à admettre l'invocabilité de réparation des dispositions d'une directive dépourvues d'effet direct¹³⁴³, ou dans des situations de litige entre particuliers, excluant d'emblée l'effet direct de ces dispositions selon le

¹³³⁹ CJCE 19 novembre 1991, précité, spé. points 26 et 27, p. 5412-5413 : « *il en résulte que, même si les dispositions en cause de la directive sont suffisamment précises et inconditionnelles en ce qui concerne la détermination des bénéficiaires de la garantie et le contenu de cette garantie, ces éléments ne sont pas suffisants pour que les particuliers puissent se prévaloir de ces dispositions devant les juridictions nationales. (...) Il y a donc lieu de répondre à la première partie de la première question que les dispositions de la directive 80/987 qui définissent les droits des travailleurs doivent être interprétées en ce sens que les intéressés ne peuvent pas faire valoir ces droits à l'encontre de l'État devant les juridictions nationales à défaut de mesures d'application prises dans les délais* ».

¹³⁴⁰ CJCE 19 novembre 1991, précité, point 31, p. 5413. CJCE 5 février 1963, *N. V. Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos c. Administration fiscale néerlandaise*, 26/62, Rec. p. 3.

¹³⁴¹ CJCE 19 novembre 1991, précité, point 32, p. 5414. CJCE 9 mars 1978, *Administration des finances de l'État c. Société anonyme Simmenthal*, 106/77, Rec. p. 629, point 16, p. 643 ; et, CJCE 19 juin 1990, *The Queen c. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd e.a.*, C-213/90, Rec., I, p. 2433, point 19, p. 2473.

¹³⁴² CJCE 19 novembre 1991, précité, points 33 à 35, p. 5414 : « *il y a lieu de constater que la pleine efficacité des normes communautaires serait mise en cause et la protection des droits qu'elles reconnaissent serait affaiblie si les particuliers n'avaient pas la possibilité d'obtenir réparation lorsque leurs droits sont lésés par une violation du droit communautaire imputable à un État membre. La possibilité de réparation à charge de l'État membre est particulièrement indispensable lorsque, comme en l'espèce, le plein effet des normes communautaires est subordonné à la condition d'une action de la part de l'État et que, par conséquent, les particuliers ne peuvent pas, à défaut d'une telle action, faire valoir devant les juridictions nationales les droits qui leur sont reconnus par le droit communautaire. Il en résulte que le principe de la responsabilité de l'État pour des dommages causés aux particuliers par des violations du droit communautaire qui lui sont imputables est inhérent au système du traité* ».

¹³⁴³ CJCE 16 décembre 1993, *Teodoro Wagner Miret c. Fondo de garantía salarial*, C-334/92, Rec., I, p. 6911 ; Europe, 1994, n° 52, comm. D. SIMON et A. RIGAUX.

principe de l'absence d'effet direct horizontal¹³⁴⁴. Ainsi, l'impossibilité pour le juge interne de procéder à l'application directe de la règle européenne ne prive pas le justiciable de son invocabilité minimale (selon diverses formes), issue du principe de primauté du droit de l'Union. Cette tendance est confirmée avec force par la jurisprudence *Brasserie du Pêcheur-Factortame III*¹³⁴⁵.

b. Un mécanisme lié à l'existence d'obligations objectives précises et précisément déterminées

La position du juge administratif français en matière d'invocabilité de réparation des directives européennes est, pour l'essentiel, en harmonie avec les indications de la Cour de justice, comme en témoignent les solutions apportées par la célèbre jurisprudence des tabacs¹³⁴⁶, et par les arrêts *S.A. Cabinet Revert et Badelon*, et *Ministre du Budget c. S.A. Jacques Dangeville*¹³⁴⁷. Dans un premier temps, la Haute

¹³⁴⁴ CJCE 14 juillet 1994, *Paola Faccini Dori c. Recreb Srl.*, C-91/92, Rec., I, p. 3325 ; Europe, n° 358, comm. D. SIMON et A. RIGAUX. CJCE 4 décembre 1997, *Verband deutscher Daihatsu-Händler eV c. Daihatsu Deutschland GmbH*, C-97/96, Rec., I, p. 6843.

¹³⁴⁵ CJCE 5 mars 1996, *Brasserie du Pêcheur S.A. c. Bundesrepublik Deutschland et The Queen contre Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd et autres*, aff. jointes C-46/93 et C-48/93, Rec., I, p. 1029, points 20 à 22, p. 1142-1143 : « Il est, en effet, de jurisprudence constante que la faculté offerte aux justiciables d'invoquer devant les juridictions nationales les dispositions directement applicables du traité ne constitue qu'une garantie minimale et ne suffit pas à assurer à elle seule l'application pleine et complète du traité (...). Destinée à faire prévaloir l'application de dispositions de droit communautaire à l'encontre de dispositions nationales, cette faculté n'est pas de nature, dans tous les cas, à assurer au particulier le bénéfice des droits que lui confère le droit communautaire et notamment à éviter qu'il ne subisse un préjudice du fait d'une violation de ce droit imputable à un État membre. Or, ainsi qu'il découle de l'arrêt *Francovich e. a.*, précité, point 33, la pleine efficacité du droit communautaire serait mise en cause si les particuliers n'avaient pas la possibilité d'obtenir réparation lorsque leurs droits ont été lésés par une violation du droit communautaire. Il en est ainsi lorsqu'un particulier, victime du défaut de transposition d'une directive et se trouvant dans l'impossibilité d'invoquer directement certaines dispositions de celle-ci devant le juge national, en raison de leur caractère insuffisamment précis et inconditionnel, engage une action en responsabilité contre l'État défaillant pour violation de l'article 189, troisième alinéa, du traité. Dans de telles circonstances, qui étaient celles de l'affaire *Francovich e.a.*, précitée, la réparation vise à effacer les conséquences dommageables, pour les bénéficiaires d'une directive, du défaut de transposition de celle-ci par un État membre. Il en est encore ainsi en cas de lésion d'un droit directement conféré par une norme communautaire que les particuliers sont précisément en droit d'invoquer devant les juridictions nationales. Dans cette hypothèse, le droit à réparation constitue le corollaire nécessaire de l'effet direct reconnu aux dispositions communautaires dont la violation est à l'origine du dommage causé ». Voir également sur ce point, les conclusions de l'Avocat général Giuseppe TESAURO, p. 1066, spé. points 24 à 34, p. 1082 à 1088.

¹³⁴⁶ CE Ass. 28 février 1992, *Société Arizona Tobacco Products et S.A. Philip Morris France*, et CE Ass. 28 février 1992, *S.A. Rothmans International France et S.A. Philip Morris France*, précités.

¹³⁴⁷ CE Ass. 30 octobre 1996, *S.A. Cabinet Revert et Badelon*, et *Ministre du Budget c. S.A. Jacques Dangeville*, précités.

Assemblée écarte l'application de la loi de transposition d'une directive, dans la mesure où ses dispositions sont incompatibles avec les objectifs fixés par celle-ci. Dans un deuxième temps, le Conseil d'État écarte l'application des dispositions du décret pris pour l'application de dispositions législatives inconstitutionnelles, et annule les décisions ministérielles en découlant, ces actes étant dépourvus de base légale. À ce stade du raisonnement, le juge se trouve confronté à la question de l'indemnisation du dommage subi du fait de la transposition irrégulière de la directive par le législateur et à l'applicabilité de la jurisprudence *Francovich et Bonifaci*¹³⁴⁸. Dans un troisième temps, la difficulté est contournée en jouant sur l'imputabilité de la responsabilité : la Haute Assemblée considère que la loi inconstitutionnelle ne prévoit qu'une simple faculté, pour le ministre, de fixation des prix du tabac. Par conséquent, le préjudice est causé par les décisions ministérielles, et l'action est engagée selon le régime classique de la responsabilité administrative pour faute¹³⁴⁹. Après la mise hors de cause de la loi, le juge se contente simplement d'appliquer la solution *Ville de Paris c. Sieur Driancourt*¹³⁵⁰. Les évolutions récentes du régime d'engagement de la responsabilité de l'État législateur conduisent à s'interroger sur la pérennité de cette solution. Face à une espèce similaire aujourd'hui, faut-il préférer la jurisprudence *Gardedieu*¹³⁵¹ à la solution précédemment décrite ? À la lecture des conclusions du commissaire du Gouvernement Luc DEREPAS¹³⁵², il semble plus prudent de considérer le maintien de la jurisprudence *Société Arizona Tobacco Products*¹³⁵³ comme la solution la plus probable, dans la mesure où les deux hypothèses sont explicitement distinguées, et le

¹³⁴⁸ CJCE 19 novembre 1991, précité.

¹³⁴⁹ Sur cette solution, voir KOVAR R., *Le Conseil d'État et les directives, des progrès mais peut mieux faire*, D., 1992, Chron. p. 207 ; SIMON D., *Le Conseil d'État et les directives communautaires : du gallicanisme à l'orthodoxie ?*, R.T.D.E., 1992, p. 265 ; et SIMON D., *Le Conseil d'État, la directive, la loi, le droit : « ad augusta per angusta » ?*, Europe, avril 1992, p. 1.

¹³⁵⁰ CE Sect. 26 janvier 1973, *Ville de Paris c. Sieur Driancourt*, Rec. p. 77 ; A.J.D.A., p. 245, chron. P. CABANES et D. LÉGER ; Gaz. Pal., 2, p. 859, note J.-P. ROUGEAUX ; R.A., 1974, p. 29, note F. MODERNE.

¹³⁵¹ CE Ass. 8 février 2007, *Gardedieu*, précité.

¹³⁵² DEREPAS L., concl. sur CE Ass. 8 février 2007, *Gardedieu*, R.F.D.A., 2007, p. 361 à 371, spé p. 364 ; cf. également la note de M. CANEDO-PARIS, L.P.A., n° 157, 7 août 2007, p. 13 à 23, spé. p. 17.

¹³⁵³ CE Ass. 28 février 1992, précité.

mécanisme mis en œuvre par la jurisprudence *Gardedieu*¹³⁵⁴ entend s'appliquer à des cas distincts de ceux couverts par les dispositifs préexistants.

Par ailleurs, l'invocabilité de réparation des normes non directement applicables est un mécanisme qui trouve également à s'appliquer de manière spécifique en droit interne, dans le cadre de la jurisprudence *Ministre des Finances c. Dame veuve Renard*¹³⁵⁵. Cette hypothèse reste limitée au cas de manquement à l'obligation d'exercice du pouvoir réglementaire d'application des textes à l'origine d'un préjudice. En effet, il est fort improbable que le moyen fondé sur la méconnaissance d'une norme non directement applicable soit opérant en matière de responsabilité objective, alors qu'il ne l'est pas sur le terrain de l'excès de pouvoir. La formulation de principe refusant l'invocabilité des normes de valeur constitutionnelle non directement applicables employée par la Haute juridiction¹³⁵⁶ est à ce titre particulièrement instructive. Dans la mesure où ces normes « *ne s'imposent à l'autorité administrative* » que de manière contingente, il serait illogique de pouvoir engager la responsabilité de l'administration méconnaissant ces dispositions en-dehors des conditions nécessaires à ce qu'elles « s'imposent ». Les cas d'admission de l'invocabilité de réparation des normes non directement applicables en droit public français sont nécessairement liés à un contexte juridique spécifique.

Contrairement à l'interprétation donnée au principe de primauté du droit de l'Union européenne, qui est à l'origine un principe de nature générale, l'interprétation française des « *exigences inhérentes à la hiérarchie des normes* » ne permet pas d'emporter de telles conséquences contentieuses, du moins pour le juge

¹³⁵⁴ CE Ass. 8 février 2007, précité.

¹³⁵⁵ CE Ass. 27 novembre 1964, précité.

¹³⁵⁶ Selon laquelle ces normes ne s'imposent « *à l'autorité administrative, en l'absence de précision suffisante, que dans les conditions et les limites définies par les dispositions contenues dans les lois ou dans les conventions internationales incorporées au droit français* », par suite, le requérant ne saurait « *utilement (...) invoquer ce principe indépendamment desdites dispositions* » : CE 27 septembre 1985, *Association France Terre d'Asile*, Rec. p. 263.

administratif¹³⁵⁷. Seules les directives européennes, la loi et les actes administratifs ne présentant pas les caractéristiques techniques d'une norme directement applicable peuvent faire l'objet d'une invocabilité de réparation, dans la mesure où seuls ces actes juridiques posent des obligations précises et spécifiques de transposition et d'application à destination des autorités publiques.

2. Une invocabilité à l'efficacité conditionnée par l'existence d'un droit subjectif, fondement nécessaire à toute action contentieuse en indemnité

Il est de jurisprudence constante que le droit à réparation reconnu par le droit de l'Union européenne en cas de violation par l'État des obligations liées à une directive, est constitué par la réunion de trois conditions cumulatives. Ainsi, dès l'arrêt *Francoovich et Bonifaci*¹³⁵⁸, la Cour de Luxembourg explique que les conditions dans lesquelles le droit à réparation s'applique dépendent de la nature de la violation du droit de l'Union européenne à l'origine du dommage. Dans le cas où un État membre méconnaît les obligations imposées par le troisième alinéa de l'article 288 du T.F.U.E., « la première de ces conditions est que le résultat prescrit par la directive comporte l'attribution de droits au profit de particuliers. La deuxième condition est que le contenu de ces droits puisse être identifié sur la base des dispositions de la directive. Enfin, la troisième condition est l'existence d'un lien de causalité entre la violation de l'obligation qui incombe à l'État et le dommage subi par les personnes lésées »¹³⁵⁹. L'énumération de ces conditions est source de confusion dans l'interprétation de l'arrêt, notamment sur la question de l'importance de l'effet direct des dispositions de la directive en la matière.

Ces approximations peuvent être levées par une double série de distinctions. D'une part, il est nécessaire de distinguer la position de l'État et celle de l'individu

¹³⁵⁷ La Chambre commerciale de la Cour de cassation (Cass. com. 21 février 1995, n° 93-15.387, *Société United Distillers France et autres c. Agent judiciaire du Trésor public et autre*, Bull. civ. IV, n° 52), après avoir indiqué « que l'effet du droit communautaire implique, pour les autorités nationales compétentes, prohibition de plein droit d'appliquer une prescription nationale reconnue incompatible avec le traité », a considéré qu'était constitutive d'une faute lourde engageant la responsabilité de l'État, au sens de l'article L. 781-1 du Code de l'organisation judiciaire, l'adoption par le ministère de la Justice d'une circulaire invitant le ministère public à exercer des poursuites pénales en application de dispositions déclarées contraires au traité par la Cour de justice.

¹³⁵⁸ CJCE 19 novembre 1991, précité.

par rapport au contentieux de la responsabilité. D'autre part, il est indispensable de différencier l'obligation de réparation, des conditions d'engagement de la responsabilité. L'invocabilité de la directive fondée sur le principe de primauté du droit de l'Union européenne est sans aucun lien avec la question de l'effet direct de ses dispositions : l'obligation objective de réparation s'impose à l'État que la directive non transposée soit susceptible de produire un effet direct ou non. La reconnaissance du droit subjectif à réparation au bénéfice de l'individu réside dans le fondement de la possibilité de l'engagement de l'action en responsabilité contre l'État qui a violé ses obligations objectives : *« l'action en réparation ne doit pas être considérée comme subsidiaire, c'est-à-dire comme n'étant utilisable que si l'absence d'effet direct de la norme ne permet pas son application substitutive, mais apparaît comme le corollaire nécessaire de l'effet direct reconnu aux dispositions dont la violation est à l'origine du dommage causé »*¹³⁶⁰.

Cette distinction est formulée de manière explicite dans la jurisprudence ultérieure de la Cour de justice qui, après avoir constaté qu'*« une directive ne peut pas par elle-même créer d'obligations dans le chef d'un particulier et ne peut donc être invoquée en tant que telle à son encontre »*, déclare : *« un tel résultat ne préjuge pas l'applicabilité éventuelle du principe selon lequel le droit communautaire impose aux États membres de réparer les dommages qu'ils ont causés aux particuliers en raison de l'absence de transposition ou de la transposition incorrecte d'une directive »*¹³⁶¹. Comme l'observe Denys SIMON, les conditions de reconnaissance de ce droit subjectif à réparation, donc d'engagement de la procédure contentieuse *« sont simplement la traduction des exigences naturelles d'une action en responsabilité pour action illicite de la puissance publique dans n'importe quel ordre juridique, à savoir l'existence dans le chef du requérant d'un droit subjectif ou au moins d'un intérêt légitime juridiquement protégé, d'une illégalité*

¹³⁵⁹ CJCE 19 novembre 1991, précité, point 40, p. 5415.

¹³⁶⁰ SIMON D., *La directive européenne*, précité, p. 105.

¹³⁶¹ CJCE 4 décembre 1997, *Verband deutscher Daihatsu-Händler eV c. Daihatsu Deutschland GmbH*, précité, spé. points 24 et 25, p. 6865-6866.

constitutive d'une faute, et d'un lien de causalité entre cette faute et le dommage subi par la victime »¹³⁶².

Force est de constater également l'existence d'un raisonnement similaire en droit français de la responsabilité, dans la mesure où il s'agit essentiellement de savoir si une personne doit être reconnue comme titulaire d'un droit à des dommages et intérêts. Par exemple, la doctrine civiliste traditionnelle reconnaît, au départ, la faute de l'auteur du dommage comme unique fondement à la responsabilité civile, responsabilité subjective. Sous l'impulsion de la jurisprudence, élargissant la notion de faute, et de l'évolution progressive de la doctrine envisageant une théorie du risque¹³⁶³, le juriste accepte le pluralisme des fondements de la responsabilité civile, sans pour autant perdre l'exigence indispensable d'un droit subjectif¹³⁶⁴. En droit administratif, dans le cadre de l'étude de la structure du contentieux, la classification matérielle développée principalement par Léon DUGUIT, inspiré par les travaux de Maurice HAURIOU et de Jean TOURNYOL DU CLOS¹³⁶⁵, succède à la classification formelle attribuée à Édouard LAFERRIÈRE¹³⁶⁶. Certes, Léon DUGUIT classe à l'origine le contentieux de la réparation dans la catégorie de la juridiction objective, en tant que cas où le juge doit se demander si un acte juridique objectif ou un acte matériel est licite ou non.

¹³⁶² SIMON D., *La directive européenne*, précité, p. 101. Sur cette interprétation de l'arrêt *Francoovich et Bonifaci*, voir également SIMON D., *Une étape décisive dans la protection des droits des justiciables communautaires : la responsabilité des États membres en cas de non-transposition des directives*, Europe, décembre 1991, p. 1 ; MANIN P., *De l'utilisation des directives communautaires par les personnes physiques ou morales*, A.J.D.A., 1994, p. 259, spé. p. 268. *A contrario*, voir notamment BARAV A., J.C.P., G., 1992, II, 21783.

¹³⁶³ Voir notamment JOSSERAND L., *De la responsabilité du fait des choses inanimées*, thèse, Paris, 1897 ; SALEILLES R., *Les accidents du travail et la responsabilité civile*, 1897. Plus récemment, cf. GHESTIN J., *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, Paris, L.G.D.J., 3^e éd., 2006, en collaboration avec P. JOURDAIN et G. VINEY, spé. p. 684 et suivantes.

¹³⁶⁴ Comme en témoigne, par exemple, la théorie de la garantie développée par Boris STARCK, notamment dans sa thèse : *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, Paris, L. Rodstein, 1947.

¹³⁶⁵ Comme le démontre Fabrice MELLERAY, *Essai sur la structure du contentieux administratif français, pour un renouvellement de la classification des principales voies de droit ouvertes devant les juridictions à compétence générale*, Paris, L.G.D.J., Bibliothèque de droit public, t. 212, 2001, spé. p. 108 à 145.

¹³⁶⁶ Comme l'explique Fabrice MELLERAY (*op. cit.*, spé. p. 36 à 46), les premiers travaux de classification fondée sur un critère formel se retrouvent dans la doctrine de Léon AUCOC.

Mais le Maître bordelais y renonce dès 1906, et la doctrine contemporaine intègre la réparation au contentieux subjectif¹³⁶⁷.

En pratique, le droit à réparation est traité comme un droit de nature subjective par le juge administratif. Cette exigence se reflète dans la formulation des arrêts refusant l'invocabilité de réparation des normes non directement applicables, en dehors des hypothèses spécifiques précédemment identifiées. Ainsi, le Conseil d'État juge, à propos de l'alinéa 12 du Préambule de la Constitution de 1946, que « *le principe ainsi posé, en l'absence de disposition législative en assurant l'application ne saurait servir de base à une action contentieuse en indemnité* »¹³⁶⁸. Quant à la responsabilité pour faute de l'administration commettant une illégalité ou à la responsabilité de l'État du fait « *de l'intervention d'une loi adoptée en méconnaissance des engagements internationaux de la France* »¹³⁶⁹, les obstacles à l'invocabilité des normes non directement applicables dans le but d'un contrôle de compatibilité empêchent également le jeu du droit à réparation lié à l'illégalité, qui n'est, de surcroît, considérée comme fautive que quand elle est commise par l'administration.

B - Une invocabilité différenciée en fonction de critères théoriques

Les développements précédents ont mis en lumière une appréciation très différente des fondements objectifs et subjectifs de l'invocabilité de réparation par le juge européen et le juge français. Cette importante divergence de conception emporte des conséquences fondamentales sur le fonctionnement du mécanisme de l'invocabilité de réparation, mais n'influe pas de manière importante sur le résultat pratique (1). Plus encore, l'état du droit public positif mène à conclure à une admission restrictive de l'invocabilité de réparation des normes non directement applicables (2).

¹³⁶⁷ Comme le démontre Fabrice MELLERAY, *op. cit.*, spé p. 153 à 155. Il y cite ainsi, Jean-Marie AUBY et Roland DRAGO, Marcel WALINE, Pierre LAMPUÉ et André DE LAUBADÈRE.

¹³⁶⁸ CE 29 novembre 1968, *Sieur Tallagrand*, Rec. p. 606 ; reprenant le principe posé par CE 10 décembre 1962, *Société indochinoise des constructions électriques et mécaniques*, Rec. p. 676.

¹³⁶⁹ CE Ass. 8 février 2007, *Gardedieu*, précité.

1. Un mécanisme au fonctionnement différent mais aux résultats similaires

Comme il a déjà été précisé, le droit de l'Union européenne distingue les effets juridiques du principe de primauté de ceux du droit à réparation. Cette distinction, tant théorique que pratique, se reflète de manière particulièrement explicite dans la jurisprudence de la Cour de justice. La lecture des arrêts en matière de responsabilité est, à ce titre, particulièrement éclairante. Il est nécessaire de préciser à titre préliminaire que ce droit de la responsabilité se limite à l'hypothèse de la violation du droit de l'Union européenne par l'action ou l'inaction des autorités nationales. Le mécanisme de l'invocabilité de réparation se révèle, dans cette hypothèse, nécessairement complexe, dans la mesure où deux phases distinctes se succèdent dans son fonctionnement. La première étape consiste à invoquer une norme afin de faire constater au juge un manquement à une obligation. Plus précisément, la structure du contentieux européen de la responsabilité exige soit un constat de carence (absence de transposition ou transposition incomplète des dispositions d'une directive), soit un constat d'incompatibilité entre le droit national et les dispositions d'une directive. L'invocabilité de la directive a pour objet, dans le cadre de cette première phase, de déclencher un contrôle juridictionnel de compatibilité au résultat simple. La logique de ce mécanisme est en tout point comparable à celle de l'invocabilité d'exclusion précédemment développée. Ainsi, cette confrontation du droit national ou de l'absence de droit national aux dispositions de la directive et aux obligations nées des traités révèle un aspect objectif, dans le cadre duquel la question de l'effet direct des dispositions invoquée est sans aucune incidence.

En revanche, la seconde phase du mécanisme de l'invocabilité de réparation est complexe, et manifeste un aspect subjectif, en nécessitant une appréciation du droit à réparation, dont la reconnaissance est conditionnée par l'indispensable effet direct de la directive invoquée, comme en témoigne l'énoncé des conditions

d'application du droit à réparation, et donc de recevabilité de l'action contentieuse¹³⁷⁰. Les deux premières conditions exigent de la directive invoquée l'attribution de droits au profit des particuliers, et un degré de précision minimal : les dispositions de la directive invoquées doivent être de nature à permettre d'identifier le contenu des droits garantis. L'action en responsabilité révèle son caractère subjectif en ce qu'elle existe dans les cas où sont réunies les conditions d'exercice d'un droit à réparation par le justiciable qui entend l'intenter. Elle n'est pas subsidiaire, utilisable que si l'absence d'effet direct de la norme ne permet pas son application substitutive, mais « *le droit à réparation constitue le corollaire nécessaire de l'effet direct reconnu aux dispositions dont la violation est à l'origine du dommage causé* »¹³⁷¹. Le droit à réparation existe par le jeu du principe de primauté, mais son exercice est conditionné par les droits déterminés par la norme invoquée qui doit donc revêtir certaines caractéristiques, dont la précision des énoncés. Plus encore, la Cour de justice établit un parallèle entre ces conditions et l'ampleur de la marge d'appréciation laissée aux autorités nationales dans la mise en œuvre de leurs obligations. Si ces dernières disposent d'un réel pouvoir discrétionnaire, la responsabilité n'est engagée qu'en cas de « *violation suffisamment caractérisée* »¹³⁷². Dans le cas où les autorités nationales sont en situation de compétence liée, la responsabilité peut être engagée du seul fait de la violation de l'obligation posée par le droit de l'Union européenne. Enfin, il est possible d'affirmer que le défaut de transposition est toujours de nature à engendrer un droit à réparation¹³⁷³. La conception du mécanisme de l'invocabilité de réparation en droit de l'Union européenne rejoint le sens du propos du commissaire du

¹³⁷⁰ CJCE 19 novembre 1991, précité, point 40, p. 5415 : « *la première de ces conditions est que le résultat prescrit par la directive comporte l'attribution de droits au profit de particuliers. La deuxième condition est que le contenu de ces droits puisse être identifié sur la base des dispositions de la directive. Enfin, la troisième condition est l'existence d'un lien de causalité entre la violation de l'obligation qui incombe à l'État et le dommage subi par les personnes lésées* ».

¹³⁷¹ CJCE 5 mars 1996, *Brasserie du Pêcheur S.A. c. Bundesrepublik Deutschland et The Queen c. Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd et autres*, aff. jointes C-46/93 et C-48/93, Rec., I, p. 1029, point 22, p. 1143.

¹³⁷² CJCE 5 mars 1996, précité. Voir également CJCE 26 mars 1996, *The Queen c. H.M. Treasury, ex parte : British Telecommunications plc*, C-392/93, Rec., I, p. 1631. Cf. SIMON D., *La responsabilité de l'État saisie par le droit communautaire : la jurisprudence Brasserie du Pêcheur, Factortame, British Telecom, Hedley Lomas...*, A.J.D.A., 1996, p. 489.

¹³⁷³ CJCE 8 octobre 1996, *Erich Dillenkofer et autres c. Bundesrepublik Deutschland*, C-178, 179 et 188 à 190/94, Rec., I, p. 4845, point 26, p. 4880.

Gouvernement Ronny ABRAHAM¹³⁷⁴, expliquant qu'une norme vague peut toujours servir de référence à un constat d'illégalité ou de fondement à un constat de carence.

Par ailleurs, la distinction décrite ne semble pas, *a priori*, être opérable dans des hypothèses de responsabilité comparables en droit public français. Cette absence s'explique essentiellement par les exigences attendues d'une norme, par le juge administratif, afin qu'elle puisse servir de référent dans un contrôle de compatibilité. En effet, l'étude des formulations de principe retenues par le Conseil d'État pour exclure l'invocabilité des normes non directement applicables révèle une confusion des éléments objectifs et subjectifs. En effet, le requérant ne saurait utilement se prévaloir de telles normes, même dans l'intention de contester la validité juridique d'un acte administratif par un recours pour excès de pouvoir. Comme l'énonce le commissaire du Gouvernement Ronny ABRAHAM dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir, les traités régulièrement introduits en droit interne « *sont généralement présumés produire des effets directs en droit interne, c'est-à-dire créer des droits subjectifs dont les particuliers peuvent se prévaloir devant le juge national* »¹³⁷⁵. Il est vrai que le juge administratif semble assimiler la capacité d'une norme à produire un effet direct à sa capacité à créer des droits subjectifs pour les individus, ces droits subjectifs étant conçus comme les éléments indispensables à l'admission de l'invocabilité des normes d'origine internationale. Pour les normes d'origine interne, l'énoncé des arrêts insiste davantage sur les conséquences de l'imprécision du point de vue des obligations objectives pesant sur les autorités publiques, en déclarant que la norme à l'énoncé vague « *ne s'impose à l'administration, en l'absence de précision suffisante, que dans les conditions et les limites définies par les dispositions contenues dans les lois ou dans les conventions internationales incorporées au droit français* »¹³⁷⁶. Cette impossibilité se retrouve évidemment en droit de la responsabilité pour illégalité fautive, où le mécanisme de l'invocabilité de réparation est totalement paralysé par l'absence d'applicabilité directe de la norme.

¹³⁷⁴ ABRAHAM R., concl. sur CE Sect. 23 avril 1997, *Groupement d'information et de soutien des travailleurs immigrés (G.I.S.T.I.)*, R.F.D.A., p. 585.

¹³⁷⁵ Conclusions, précitées, p. 589.

¹³⁷⁶ CE 13 mars 2009, *Coppa*, n° 319916, inédit au Recueil Lebon.

Les solutions envisageables en contentieux de la responsabilité administrative pour illégalité fautive sont donc plus tranchées qu'en droit de l'Union européenne : soit la norme invoquée est directement applicable, et le mécanisme de l'invocabilité de réparation est pleinement admis dans ses deux aspects, soit elle ne l'est pas, et l'action est purement et simplement rejetée. Le dispositif développé par la Cour de justice se révèle d'une force contraignante supérieure, en ce qu'il permet d'envisager davantage de solutions, et surtout davantage de nuance, en distinguant le constat du manquement de l'appréciation du droit à réparation. Toutefois, il est intéressant de constater une similitude de démarche dans les arrêts relatifs à la responsabilité de l'État pour illégalité fautive ou manquement à l'obligation d'exercice du pouvoir réglementaire d'application des textes. Dans de tels cas, le juge administratif commence par l'identification de l'obligation applicable, puis opère un contrôle de compatibilité entre le comportement contesté et les exigences de cette obligation, avant d'examiner la question de l'indemnisation du requérant. Enfin, il est utile de remarquer que le strict résultat recherché par la mise en œuvre du mécanisme de l'invocabilité de réparation, consistant en l'indemnisation du requérant, est sensiblement le même si la norme invoquée est non directement applicable, quelle que soit l'approche adoptée. En effet, dans une telle hypothèse, en droit de l'Union européenne, le juge sera amené à admettre le moyen visant au constat de manquement à une obligation, mais à refuser les conclusions relatives à la réparation du préjudice, tandis que le juge administratif français rejettera d'emblée l'opérance des moyens fondés sur l'illégalité des textes internes au regard de la norme invoquée.

2. Un mécanisme restrictivement admis pour les normes non directement applicables

L'invocabilité des normes non directement applicables varie en fonction de l'ordre juridique, national (b) ou international (a), dans le cadre duquel la réparation du préjudice est recherchée.

a. L'invocabilité de réparation des normes non directement applicables en droit de la responsabilité internationale

Historiquement, l'application du droit international classique est laissée aux États qui en sont les seuls sujets. Cette exclusivité est désormais tempérée, notamment par l'essor des organisations internationales, qui sont devenues des sujets du droit international. La responsabilité internationale est essentiellement fondée sur la relation entre violation de la légalité et obligation de réparation : « *c'est un principe du droit international, voire une conception générale du droit, que toute violation d'un engagement comporte l'obligation de réparer* »¹³⁷⁷. L'État qui adopte un texte national contraire à une convention internationale engage désormais sa responsabilité au plan international, en dehors des hypothèses spécifiques de nature conventionnelle, mais force est de constater qu'elle est rarement mise en œuvre. Il s'expose, de plus, à la possibilité de prise de contre-mesures par l'État lésé par ce comportement. L'engagement de la responsabilité internationale débouche sur une réparation intégrale du préjudice qui « *prend la forme de restitution, d'indemnisation et de satisfaction, séparément ou conjointement* », aux termes de l'article 34 de la codification de la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, adoptée par la Commission du droit international en juillet 2001.

Le défaut d'application ou l'application non conforme d'une norme non directement applicable issue du droit international constitue une violation de la règle *pacta sunt servanda*. Le fait internationalement illicite est constitué « *lorsqu'un comportement consistant en une action ou une omission : a) est attribuable à l'État en vertu du droit international ; et b) constitue une violation d'une obligation internationale de l'État* »¹³⁷⁸. La violation d'une obligation internationale est entendue au sens large par

¹³⁷⁷ CPJI, arrêt, 13 septembre 1928, *Usine de Chorzów (Allemagne c. Pologne)*, *Fond*, Recueil des arrêts de la CPJI, Série A, n° 17, p. 29.

¹³⁷⁸ Article 2 de la codification de la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, adoptée par la Commission du droit international en juillet 2001, qui constitue la référence en la matière, DUPUY P.-M. et KERBRAT Y., *Les Grands textes de droit international public*, Paris, Dalloz, Grands textes, 7^e éd., 2010., n° 54, p. 893.

la codification et, de manière évidente, le non respect d'une stipulation conventionnelle peut être constitutif d'une telle violation¹³⁷⁹.

La responsabilité internationale est engagée sur le fondement du lien unissant le fait illicite (élément objectif du fait générateur de la responsabilité internationale) et l'État (l'imputation) et du lien de causalité, unissant le dommage au fait illicite. La doctrine est très partagée sur la question de savoir si tout État peut engager la responsabilité d'un autre État violant le droit international par la simple invocation de cette violation. Le droit international positif s'oriente vers une réponse nuancée à cette question, évitant ainsi l'instauration d'une *actio popularis* et l'impossibilité absolue d'invoquer la violation du droit international en dehors de l'existence d'un dommage distinct. L'article 42 de la codification de la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, relatif à l'invocation de la responsabilité par l'État lésé dispose qu'« un État est en droit en tant qu'État lésé d'invoquer la responsabilité d'un autre État (...) si la violation de l'obligation : i) atteint spécialement cet État ; ou ii) est de nature à modifier radicalement la situation de tous les autres États auxquels l'obligation est due quant à l'exécution ultérieure de cette obligation ».

Le dommage peut être immédiat (directement subi par un État) ou médiat, et, dans ce dernier cas, peut trouver à s'appliquer la théorie de la protection diplomatique. Celle-ci permet de considérer, sous certaines conditions¹³⁸⁰, que le dommage subi en fait par une personne privée, a, en droit, été immédiatement subi par l'État dont la personne possède la nationalité : « le préjudice immédiat, celui subi par la victime privée quel que soit son caractère, matériel ou moral, est en effet censé avoir lui-même provoqué un préjudice juridique au détriment de l'État dont cette personne relève, et c'est de ce dernier que l'État agissant en responsabilité entend obtenir le respect »¹³⁸¹. La

¹³⁷⁹ Article 12 de la codification de la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite : « il y a violation d'une obligation internationale par un État lorsqu'un fait dudit État n'est pas conforme à ce qui est requis en vertu de cette obligation, quelle que soit l'origine ou la nature de celle-ci ». De plus, l'article 32 de la codification de la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite énonce que « l'État ne peut pas se prévaloir des dispositions de son droit interne pour justifier un manquement aux obligations qui lui incombent ».

¹³⁸⁰ DUPUY P.-M. et KERBRAT Y., *Droit international public*, Paris, Dalloz, Précis, 10^e éd., 2010, p. 526-527.

¹³⁸¹ DUPUY P.-M. et KERBRAT Y., *op. cit.*, p. 523.

personne privée n'est pas, en principe, sujet du droit international, et est donc incapable juridiquement d'obtenir réparation dans cet ordre juridique. L'objet de la protection diplomatique est de substituer l'État, sujet du droit international, à la personne. Quand un État prend fait et cause pour son ressortissant, il y a novation du litige, qui oppose deux États agissant dans l'ordre international. L'État protecteur ne fait pas valoir le droit de son ressortissant, mais son droit propre « *de faire respecter en la personne de ses ressortissants, le droit international* »¹³⁸². L'État protecteur peut choisir de transmettre ensuite à la personne privée tout ou partie de la réparation qu'il aura obtenue. Il est important de préciser que la protection diplomatique est une théorie visant à préserver la souveraineté de l'État, qui est totalement libre de choisir de l'accorder, ou non¹³⁸³. Mais force est de constater que l'instrument que constitue la protection diplomatique est très rarement utilisé du fait du développement de mécanismes d'accès direct des individus aux appareils juridictionnels ou para-juridictionnels internationaux¹³⁸⁴.

Or, dans certains cas, l'exercice de la protection diplomatique, droit de l'État, et les prétentions alléguées par son ressortissant sont amenés à se confondre¹³⁸⁵. En effet, à l'occasion de l'affaire *LaGrand*, la Cour internationale de Justice se montre particulièrement ambiguë en affirmant qu'elle « *ne peut accepter la thèse des États-Unis selon laquelle la demande de l'Allemagne fondée sur les droits individuels des frères LaGrand ne relève pas de sa compétence, au motif que la protection diplomatique serait une notion de droit international coutumier. Cela ne fait pas obstacle à ce qu'un État partie à un traité qui*

¹³⁸² CPJI, arrêt, 30 août 1924, *Concessions Mavrommatis en Palestine (Grèce c. Royaume-Uni)*, Recueil des arrêts de la CPJI, Série A, n°2, p. 12 ; décision citée par Pierre-Marie DUPUY et Yann KERBRAT, *op. cit.*, p. 523.

¹³⁸³ La mise en œuvre, le non-exercice ou l'exercice insuffisant du droit de protection diplomatique et consulaire sont considérés comme des actes liés à la conduite des relations extérieures de la France, donc actes de gouvernement, et ne peuvent ainsi faire l'objet de recours juridictionnel : TC 2 décembre 1991, *Préfet de Paris et Compagnie française d'assurance pour le commerce extérieur c. Compagnie financière C.I.C. et de l'Union européenne et autres*, Rec. p. 478 ; A.J.D.A., 1992, p. 617, note G. TEBOUL ; D., 1992, p. 237, concl. R. ABRAHAM.

¹³⁸⁴ La protection diplomatique est « *une sorte de vieil outil désormais rarement utilisé et promis sans doute prochainement à un rangement définitif au grenier des concepts d'antan* », L. CONDORELLI, *L'évolution du champ d'application de la protection diplomatique*, in J.-F. FLAUSS (dir.), *La protection diplomatique : mutations contemporaines et pratiques nationales*, Bruxelles, Nemesi, Bruylant, 2003, p. 3.

¹³⁸⁵ Comme le constate M. PINTO, *De la protection diplomatique à la protection des droits de l'homme*, R.G.D.I.P., 2002, p. 513, spé. p. 533 à 540.

crée des droits pour les individus puisse prendre fait et cause pour l'un de ses ressortissants et mettre en mouvement l'action judiciaire internationale en faveur de ce ressortissant sur la base d'une clause attributive de compétence figurant dans un tel traité »¹³⁸⁶. La Cour conclut ensuite que les droits individuels « *peuvent être invoqués devant la Cour par l'État dont la personne détenue a la nationalité* »¹³⁸⁷. Dans ces circonstances, il est tout à fait envisageable qu'un État « *intervienne en faveur d'un individu tout simplement pour faire respecter la légalité internationale objective* »¹³⁸⁸, d'autant plus que la théorie de la protection diplomatique connaît des évolutions contemporaines prenant davantage en compte les droits subjectifs de l'individu, notamment par un encadrement renforcé du pouvoir d'appréciation de l'État en la matière¹³⁸⁹.

b. L'invocabilité de réparation des normes non directement applicables en droit public français

Les analyses précédentes révèlent une différence fondamentale d'approche entre la Cour de justice de l'Union européenne et le juge administratif français. Pour la première, l'invocabilité d'une norme désigne la possibilité pour le justiciable de se prévaloir, non d'un droit contenu dans son énoncé, mais de cette norme en tant qu'elle s'insère dans une hiérarchie et s'impose au nom du principe de légalité, entendu au sens de la primauté du droit de l'Union européenne. Pour le second, l'invocabilité d'une norme désigne en réalité la capacité de se prévaloir des droits qu'elle consacre¹³⁹⁰. Plus encore, l'efficacité de cette invocabilité est déterminée par l'existence d'une obligation spécifique et déterminée, à laquelle « *les exigences inhérentes à la hiérarchie des normes* » ne sauraient correspondre. Comme il a été démontré, ce raisonnement est à mettre en perspective avec la logique issue de la jurisprudence *Ville de Paris c. Sieur Driancourt*¹³⁹¹, dans le cadre de laquelle le

¹³⁸⁶ CIJ, arrêt, 27 juin 2001, *LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique)*, Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances de la CIJ, p. 466, paragraphe 42.

¹³⁸⁷ CIJ arrêt du 27 juin 2001, précité, paragraphe 77.

¹³⁸⁸ M. PINTO, *op. cit.*, p. 537.

¹³⁸⁹ GARIBIAN S., *Vers l'émergence d'un droit individuel à la protection diplomatique*, A.F.D.I., 2008, p. 119.

¹³⁹⁰ Cf. *supra*, p. 138.

¹³⁹¹ CE Sect. 26 janvier 1973, *Ville de Paris c. Sieur Driancourt*, précité.

commissaire du Gouvernement Michel GENTOT allait jusqu'à affirmer que « *les administrés ont un véritable droit à la légalité et peuvent prétendre à la réparation des conséquences dommageables de la violation de ce droit* »¹³⁹². Les ambiguïtés de la comparaison de ces jurisprudences peuvent être levées par une analyse des trois principaux types de contentieux de la responsabilité de l'État utiles en la matière.

D'une part, sous l'empire de la jurisprudence *Cohn-Bendit*¹³⁹³, les directives européennes sont conçues comme non directement applicables par définition¹³⁹⁴. Dans un premier temps, l'Assemblée du Conseil d'État reconnaît l'engagement de la responsabilité sans faute de l'État dans le cas d'une violation du droit de l'Union européenne, par la décision *Ministre du commerce extérieur c. Société Alivar*¹³⁹⁵. Cette méconnaissance est précédemment constatée par un arrêt en manquement de la Cour de justice de l'Union Européenne¹³⁹⁶. Dans un second temps, après avoir constaté l'incompatibilité de dispositions législatives avec les objectifs fixés par une directive européenne dont le délai de transposition est échu, le Conseil d'État relève la nécessité d'écarter l'application de la loi. L'acte réglementaire de mise en œuvre se trouve ainsi privé de base légale, et le Conseil d'État admet que la responsabilité, pour faute, de l'État soit engagée pour les préjudices subis du fait de l'intervention de cet acte¹³⁹⁷. Le même mécanisme est applicable quand le préjudice résulte d'une décision administrative individuelle directement prise sur le fondement d'une loi

¹³⁹² Cité par M. GAUTIER et F. MELLERAY, *Jurisclasseur Administratif*, Fascicule 22, « *Application des normes internationales* », point 80, novembre 2003.

¹³⁹³ CE Ass. 22 décembre 1978, *Ministre de l'Intérieur c. Cohn-Bendit*, précité.

¹³⁹⁴ Cf. *supra*, « L'assimilation de l'existence de l'obligation de transposition à l'absence d'applicabilité directe », p. 78.

¹³⁹⁵ CE Ass. 23 mars 1984, *Ministre du commerce extérieur c. Société Alivar*, Rec., p. 127, A.J.D.A., p. 396, note B. GENEVOIS.

¹³⁹⁶ CJCE 16 mars 1977, *Commission c. France*, 68/76, Rec., p. 515.

¹³⁹⁷ CE Ass. 28 février 1992, *Société Arizona Tobacco Products et S.A. Philip Morris France*, Rec. p. 78, concl. M. LAROQUE ; et CE Ass. 28 février 1992, *S.A. Rothmans International France et S.A. Philip Morris France*, Rec. p. 81 ; A.J.D.A., p. 210, concl., et p. 329, chron. C. MAUGÜÉ et R. SCHWARTZ ; R.F.D.A., p. 425, note L. DUBOUIS ; R.J.F., p. 863, chron. J. TUROT ; Gaz. Pal., n^{os} 297-298, 23-24 octobre 1992, p. 2 note A. MOURRE ; C.J.E.G., p. 525, note P. SABOURIN ; J.C.P., G., II, 21859, note G. TEBOUL ; J.C.P., G., IV, 1318, obs. M.-C. ROUAULT.

incompatible avec une directive non transposée et dont le délai de transposition est dépassé¹³⁹⁸.

Eu égard à ce contexte conceptuel, il est possible d'affirmer que, par la jurisprudence des tabacs¹³⁹⁹, la Haute juridiction admet l'invocabilité de réparation d'une directive européenne, acte juridique non directement applicable dans la mesure où l'application de la loi de transposition est écartée, à l'encontre d'arrêtés du ministre de l'Économie et des Finances relatifs à la fixation des prix des tabacs importés. S'il est nécessaire de prendre en compte les deux condamnations dont la France a fait l'objet au sujet des textes applicables à l'affaire¹⁴⁰⁰ dans l'étude de ces arrêts, il reste néanmoins possible de constater que l'incompatibilité des dispositions contestées se fonde sur des obligations précises et précisément déterminées. En effet, comme le traduit la formulation de l'arrêt, le constat d'illégalité résulte de la comparaison entre les dispositions critiquées et les articles 30 et 37 du Traité de Rome (devenus 28 et 31 du T.C.E., puis 34 et 37 du T.F.U.E.)¹⁴⁰¹, ainsi que l'article 5-1 de la directive du Conseil des communautés européennes du 19 décembre 1972¹⁴⁰², tels qu'interprétés par la Cour de justice. Il en va de même pour les décisions ultérieures, se fondant sur l'incompatibilité de dispositions législatives du Code général des impôts à celles de la sixième directive du Conseil des Communautés européennes du 17 mai 1977¹⁴⁰³. Le juge administratif, juge de droit commun de l'application du droit

¹³⁹⁸ CE Ass. 30 octobre 1996, *Ministre du Budget c. SA Jacques Dangeville*, précité.

¹³⁹⁹ CE Ass. 28 février 1992, *Société Arizona Tobacco Products et S.A. Philip Morris France*, Rec. p. 78, concl. M. LAROQUE ; et CE Ass. 28 février 1992, *S.A. Rothmans International France et S.A. Philip Morris France*, précités.

¹⁴⁰⁰ Une première condamnation pour manquement aux obligations prescrites par les articles 30 et 37 du Traité de Rome, et la directive du Conseil du 19 décembre 1972 est prononcée, CJCE 21 juin 1983, *Commission c. France*, 90/82, Rec. p. 2011. La seconde condamnation pour manquement est motivée par l'inexécution du premier arrêt, CJCE 13 juillet 1988, *Commission c. France*, 169/87, Rec. p. 4093.

¹⁴⁰¹ L'article 34 du T.F.U.E. précise que « les restrictions quantitatives à l'importation ainsi que toutes mesures d'effet équivalent, sont interdites entre les États membres ». Quant à l'article 37, il stipule : « les États membres aménagent progressivement les monopoles nationaux présentant un caractère commercial, de telle façon qu'à l'expiration de la période de transition soit assurée, dans les conditions d'approvisionnement et de débouchés, l'exclusion de toute discrimination entre les ressortissants des États membres ».

¹⁴⁰² Cette disposition, édictée pour la mise en œuvre des articles précités, prévoit que « les fabricants et importateurs déterminent librement les prix maxima de vente au détail de chacun de leurs produits. Cette disposition ne peut, toutefois, faire obstacle à l'application des législations nationales sur le contrôle du niveau des prix ou le respect des prix imposés ».

¹⁴⁰³ CE Ass. 30 octobre 1996, *S.A. Cabinet Revert et Badelon, et Ministre du Budget c. S.A. Jacques Dangeville*, précités.

européen détermine un fondement spécifique à l'action en responsabilité, qui diffère du cas général de l'illégalité fautive : le manquement à l'obligation de transposition par le retard, la carence ou l'édiction d'un texte incompatible avec les dispositions de la directive. La directive non transposée, encore considérée comme nécessairement dépourvue d'applicabilité directe, est invocable, là où les normes non directement applicables ne le sont normalement pas : l'application du principe issu de la jurisprudence *Ville de Paris c. Sieur Driancourt*¹⁴⁰⁴ implique un contrôle de compatibilité que le juge se refuse à opérer. Cette différenciation peut également se constater dans le cadre du recours pour excès de pouvoir. Les raisons de cette particularité reposent principalement sur la spécificité de l'obligation de transposition¹⁴⁰⁵ et son caractère particulièrement précis, comme l'indique la présence d'un délai strictement déterminé.

D'autre part, le régime de l'obligation d'exercice du pouvoir réglementaire peut être perçu comme spécifique, dans la mesure où l'action en responsabilité fondée sur le manquement à cette obligation s'analyse également comme la sanction d'une carence. Il est important de constater que, dans cette hypothèse, tout comme dans celui de l'examen contentieux d'une directive à la transposition absente ou litigieuse avant le revirement jurisprudentiel, la norme invoquée est nécessairement non directement applicable. C'est précisément parce que la règle invoquée n'est pas auto-exécutoire que la responsabilité peut être engagée : l'absence d'applicabilité directe est la preuve d'un manquement à l'exercice obligatoire du pouvoir normatif. Dans un cadre contentieux différent, l'invocabilité de la même règle serait probablement rejetée.

Par ailleurs, il est nécessaire de constater que le régime de l'invocabilité de réparation dans le cadre de l'engagement de responsabilité pour illégalité est différent des deux hypothèses précédentes en ce qu'il est conditionné par la capacité de la norme invoquée à être directement applicable. Les « *exigences inhérentes à la hiérarchie des normes* » correspondent à une obligation généraliste, sans aucune

¹⁴⁰⁴ CE Sect. 26 janvier 1973, *Ville de Paris c. Sieur Driancourt*, précité.

¹⁴⁰⁵ Telle que décrite précédemment, voir *supra*, Première partie, Titre second, Chapitre premier, Section I « La transposition des directives européennes », p. 200 et suivantes.

condition de délai, par exemple. Il en résulte une marge de manœuvre très importante pour les autorités normatives tenues de les respecter. Plus encore, il est possible de conclure à la sanction de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire dans ce cas, là où la compétence est liée dans le cadre de l'obligation de transposition ou d'exercice du pouvoir réglementaire d'application. Dans cette optique, l'action en responsabilité ne peut être analysée comme un recours en carence fautive générant un préjudice, dans la mesure où il n'existe pas de réelle obligation de production normative. Pour le juge administratif, les autorités publiques gardent le choix de l'opportunité d'édicter des règles juridiques de mise en œuvre, et l'importance du choix du contenu des règles édictées dépendra du degré de précision des règles supérieures applicables. Ainsi, la violation de la norme de référence est plus facile à constater et à sanctionner si cette dernière repose sur une obligation précise et déterminée, ce qui n'est pas le cas en matière de responsabilité pour illégalité fautive de l'administration, ou *sui generis* du législateur.

Enfin, il est important de préciser que les hypothèses de l'engagement de la responsabilité de l'État du fait des conventions internationales, et de la possibilité d'une responsabilité de l'État du fait des dispositions constitutionnelles¹⁴⁰⁶ sont écartées de la réflexion sur l'invocabilité de réparation des normes non directement applicables. En plus d'être très rarement admise¹⁴⁰⁷ depuis l'intervention de l'arrêt

¹⁴⁰⁶ BOUSQUET F.-C., *La responsabilité de l'État du fait des dispositions constitutionnelles*, R.D.P., 2007, p. 937.

¹⁴⁰⁷ Seules quatre décisions l'admettent. La première porte sur certaines dispositions de l'annexe jointe à la Convention de La Haye du 18 octobre 1907 relative aux lois et coutumes de la guerre sur terre : CE Ass. 30 mars 1966, *Compagnie générale d'énergie radio-électrique*, Rec. p. 257 ; A.J.D.A., p. 350, chron. J.-P. PUISSOCHET et J.-P. LECAT ; R.D.P., p. 774, concl. M. BERNARD, et, p. 955, note M. WALINE ; D., p. 582, note J.-F. LACHAUME ; J.C.P., G., 1967, II, 15000, note J. DEHAUSSY ; G.A.J.A. n° 82. La deuxième concerne un accord de siège entre la France et l'U.N.E.S.C.O. : CE Sect. 29 octobre 1976, *Ministre des affaires étrangères c. conjoints Burgat*, Rec. p. 152 ; R.D.P., 1977, p. 212, concl. J. MASSOT ; A.J.D.A., 1977, p. 30, note M. NAUWELAERS et L. FABIUS ; R.A., 1977, p. 140, note G. DARCY. La troisième est relative à un accord sous forme d'échange de lettres modifiant l'accord de coopération entre la France et la Côte d'Ivoire : CE 29 décembre 2004, *Almayrac et autres*, Rec. p. 465 ; R.F.D.A., 2005, p. 586, concl. J.-H. STAHL ; J.D.I., 2006, p. 182, note M.-A. MOREAU. La dernière décision intervient à propos de la convention de Vienne du 18 avril 1961 à laquelle renvoie l'accord relatif au siège, aux privilèges et aux immunités de l'U.N.E.S.C.O. : CE 11 février 2011, *Melle Susilawita*, Rec. p. 36 ; R.F.D.A., p. 579, concl. C. ROGER-LACAN, p. 573 ; D.A., avril 2011, n° 42, p. 43, note F. MELLERAY ; J.C.P., A., 2103, note B. PACTEAU.

*Compagnie générale d'énergie radio-électrique*¹⁴⁰⁸ la responsabilité de l'État du fait des conventions internationales suit un régime juridique similaire (et souvent assimilé¹⁴⁰⁹) à celui de la responsabilité du fait des lois, fondé sur la rupture de l'égalité devant les charges publiques¹⁴¹⁰, donc sur le terrain de la responsabilité sans faute¹⁴¹¹. La question de la régularité de la norme de référence est donc sans objet, et aucune des dispositions invoquées n'est susceptible d'être qualifiée de norme non directement applicable. Quant à la question d'une éventuelle responsabilité de l'État du fait des dispositions constitutionnelles, elle n'est envisagée que par l'interprétation¹⁴¹² d'un considérant d'une décision rendue par la Cour administrative d'appel de Paris, et reste fort contestable : « *il appartient au juge administratif de connaître d'un litige qui tend à la condamnation de l'État à la réparation d'un préjudice dont l'origine est située par le requérant dans des dispositions législatives, même de nature constitutionnelle* »¹⁴¹³. Or, cet arrêt, loin d'ouvrir la voie d'une responsabilité du fait des lois inconstitutionnelles, pose en réalité la question de savoir si l'action établie par la jurisprudence *La Fleurette*¹⁴¹⁴ est possible pour les préjudices nés de l'application de lois organiques ou

¹⁴⁰⁸ CE Ass. 30 mars 1966, *Compagnie générale d'énergie radio-électrique*, Rec. p. 257 ; A.J.D.A., p. 350, chron. J.-P. PUISSOCHET et J.-P. LECAT ; R.D.P., p. 774, concl. M. BERNARD, et, p. 955, note M. WALINE ; D., p. 582, note J.-F. LACHAUME ; J.C.P., G., 1967, II, 15000, note J. DEHAUSSY ; G.A.J.A. n° 82. La responsabilité du fait des conventions internationales est assimilée à la responsabilité de l'État législateur, et est, dans un premier temps, exclue : CE Sect. 26 avril 1963, *Sieur Laurent*, Rec. p. 247.

¹⁴⁰⁹ En réalité, l'assimilation trouve son origine dans les conclusions du commissaire du Gouvernement Michel BERNARD sur CE Ass. 30 mars 1966, *Compagnie générale d'énergie radio-électrique*, R.D.P., 1966, p. 774 à 786, spé. p. 784.

¹⁴¹⁰ CE 14 janvier 1938, *Société anonyme des produits laitiers « La Fleurette »*, Rec. p. 25 ; S., III, p. 25, concl. G. ROUJOU, note P. LAROQUE ; D., III, p. 41 concl., note L. ROLLAND ; R.D.P., p. 87, concl., note G. JÈZE ; G.A.J.A. n° 50.

¹⁴¹¹ Pour une étude des différences entre ces deux régimes, cf. CERDA-GUZMAN C., *De la distinction entre responsabilité de l'État du fait des conventions internationales et responsabilité de l'État du fait des lois*, R.F.D.A., 2012, p. 38.

¹⁴¹² HENNETTE-VAUCHEZ S., Répertoire de la responsabilité de la puissance publique, Encyclopédie Dalloz, Fascicule « *Responsabilité sans faute* », mai 2009, spé. point 78.

¹⁴¹³ CAA Paris 8 octobre 2003, *Mme Demaret*, n° 02PA00651, inédit au Recueil Lebon ; A.J.D.A., 2004, p. 277, concl. B. FOLSCHIED. En l'espèce, la requérante demande réparation, sur le fondement de la rupture de l'égalité devant les charges publiques, du préjudice subi du fait de son exclusion du corps électoral due à l'application de dispositions législatives et, en première instance, le Tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie rend un jugement d'incompétence. La Cour administrative d'appel de Paris censure ce jugement, mais refuse la réparation du préjudice sur le fondement de l'objet même des dispositions en question, qui est précisément de limiter la catégorie des personnes éligibles.

¹⁴¹⁴ CE 14 janvier 1938, précité.

constitutionnelles, comme le confirme le commissaire du Gouvernement Bénédicte FOLSCHEID¹⁴¹⁵.

Paragraphe II : L'invocabilité de substitution

Envisagée comme la manifestation d'un degré maximal de justiciabilité d'une norme, l'invocabilité de substitution est en principe impossible pour les normes non directement applicables. Le lien entre absence d'applicabilité directe de la norme et opération de substitution est pourtant loin d'être évident, et nécessite une analyse approfondie, tant du mécanisme de la substitution (A), que des raisons de son incompatibilité avec les caractéristiques propres aux normes non directement applicables (B).

A - La détermination de l'opération juridique de substitution

La complexité du fonctionnement de la substitution nécessite une description minutieuse du mécanisme (1), avant l'exposé de ses conditions de mise en œuvre (2).

1. La substitution, un mécanisme complexe

Les conditions juridiques et le fonctionnement de l'invocabilité de substitution ont souvent été source de confusions, notamment au regard de l'invocabilité d'exclusion. L'invocabilité de substitution désigne la faculté pour un justiciable de se prévaloir d'une norme A en justice, en lieu et place d'une norme B inexistante ou non conforme à la norme A. Ce mécanisme a notamment pour but l'obtention du bénéfice d'un droit institué par la norme A. L'invocabilité d'exclusion conduit une partie à contester une norme B que l'on entend lui appliquer, en invoquant une norme A à l'appui de sa prétention. La différence essentielle entre les deux mécanismes réside dans la nature de la demande du justiciable : dans le cas de l'invocabilité de substitution, celle-ci consiste en une demande d'application directe substitutive ; dans le cas de l'invocabilité d'exclusion, celle-ci correspond à une

¹⁴¹⁵ Dans ses conclusions précitées, p. 278.

demande de simple éviction de l'application de la norme B. Comme il a déjà été démontré, le mécanisme de l'invocabilité d'exclusion fonctionne selon les exigences du principe de normativité et ne peut aboutir qu'à un résultat qui est le produit d'un effet juridique simple. Par conséquent, sa recevabilité n'est pas subordonnée au respect de conditions spécifiques.

En revanche, l'invocabilité de substitution est un mécanisme plus complet et complexe, qui se décompose généralement en deux phases : une phase d'exclusion et une phase de substitution. Dans un premier temps, l'invocation de la norme peut avoir pour objet l'exclusion de l'acte juridique contesté. Cette phase de l'invocabilité de substitution correspond exactement à une invocabilité d'exclusion et en partage les conditions et effets. Cette dernière observation mène à déduire la nécessité d'un rapport hiérarchique entre la norme contestée et la norme de référence. L'hypothèse peut correspondre à l'incompatibilité entre un acte d'application complet et le texte qu'il entend appliquer ou une autre norme, et se réaliser dans le cadre d'une contestation par voie d'action ou dans celui de l'exception d'illégalité¹⁴¹⁶. La première étape du mécanisme de l'invocabilité de substitution peut également consister en un constat de carence, par manquement à une obligation de production normative. Tel est le cas de l'absence de transposition ou de la transposition incomplète d'une directive européenne, dans le cadre duquel peut jouer l'obligation d'application directe du droit de l'Union européenne en droit interne. Dès lors que la norme européenne invoquée remplit les conditions techniques de l'effet direct, il incombe aux juridictions nationales de procéder à son application immédiate et directe aux lieux et places du droit interne défaillant : « *l'applicabilité directe (...) signifie que les règles du droit communautaire doivent déployer la plénitude de leurs effets, d'une manière uniforme dans tous les États membres, à partir de leur entrée en vigueur et pendant toute la*

*durée de leur validité ; qu'ainsi, ces dispositions sont une source immédiate de droits et d'obligations pour tous ceux qu'elles concernent, qu'il s'agisse des États membres ou de particuliers qui sont parties à des rapports juridiques relevant du droit communautaire ; que cet effet concerne également tout juge qui, saisi dans le cadre de sa compétence, a, en tant qu'organe d'un État membre, pour mission de protéger les droits conférés aux particuliers par le droit communautaire »*¹⁴¹⁷. Cette obligation d'application directe est en principe exclusive de toute autre technique juridique sur laquelle elle a priorité. Les autres mécanismes décrits précédemment sont conçus par la Cour de justice comme des moyens minimaux d'assurer la primauté et l'effectivité du droit de l'Union européenne en droit interne.

Une fois l'effet d'éviction produit, l'exclusion de la norme querellée obtenue ou la carence de l'autorité normative reconnue, le second temps du mécanisme de l'invocabilité de substitution peut être mis en œuvre. Dans cette deuxième phase, la norme invoquée doit présenter certaines qualités de nature à lui permettre de régir la situation juridique, cadre du litige, aux lieu et place de la norme contestée ou absente. En d'autres termes, la norme invoquée remplace la norme exclue ou manquante en se substituant à elle, elle comble un vide juridique. En dehors de la coïncidence maximale du champ d'application de la règle invoquée à la situation juridique à régir, l'une des caractéristiques indispensables de la norme invoquée est l'absence de doute quant au contenu de ses prescriptions. L'opération de substitution révèle sa nature instantanée, immédiate et directe, par le recours à une norme pourvue d'un sens précisément déterminé, à l'énoncé exhaustif.

¹⁴¹⁶ CE 9 juillet 1986, *Syndicat des commissaires de police et des hauts fonctionnaires de la police*, Rec., Tables, p. 586 ; R.D.P., 1987, p. 250 : le Conseil d'État juge, à propos du principe de participation des travailleurs à la détermination des conditions de travail posé par le 8^e alinéa du Préambule de 1946, que « les droits reconnus par ce principe ne peuvent s'exercer que dans le cadre des dispositions législatives et réglementaires qui le régissent ». J.-Y. CHÉROT, *Le principe de participation des travailleurs en droit constitutionnel*, 1994, Doctrine, p. 837 à 843, spé. p. 841 : il n'y a pas « d'invocabilité de substitution », dans le sens où l'on ne peut invoquer l'alinéa 8 du Préambule de 1946, pour demander directement au juge la réalisation du droit de participation des travailleurs que cette disposition consacre, en l'absence de mise en œuvre. Cité par Y. AGUILA, concl. sur CE Ass. 3 octobre 2008, *Commune d'Annecy*, R.F.D.A., p. 1147 à 1157, p. 1154.

¹⁴¹⁷ CJCE 9 mars 1978, *Administration des finances de l'État c. Société anonyme Simmenthal*, 106/77, Rec. p. 629, points 14 à 16, p. 643.

Afin de remédier avec succès à la défaillance normative constatée, la norme invoquée doit ainsi se montrer capable de régir la situation juridique de manière directe et immédiate. Or, le terme d'applicabilité, par définition, désigne la « *vocation, pour un système juridique ou une norme, à régir une situation* »¹⁴¹⁸. Il apparaît donc indispensable que la norme invoquée remplisse les caractéristiques techniques d'une norme directement applicable afin que le mécanisme aboutisse. L'effet juridique de substitution est une propriété exclusive et spécifique des normes directement applicables. Cette « *applicabilité substitutive* »¹⁴¹⁹ est le résultat final recherché par l'invocabilité de substitution et correspond au degré le plus important de justiciabilité possible, à une « *justiciabilité renforcée* »¹⁴²⁰ du droit de l'Union européenne supplantant le droit national défaillant. Si le degré de justiciabilité traduit par le mécanisme semble moindre en-dehors de ce cadre particulier, le constat de l'importance de l'effet juridique de substitution reste similaire, et inextricablement lié à des exigences relatives au contenu de la règle invoquée.

2. Les conditions de la substitution

La description du mécanisme précédemment développée laisse entrevoir la nécessité que la norme invoquée présente un certain nombre de caractéristiques précises. Le Rapporteur public Mattias GUYOMAR estime que l'invocabilité de substitution des directives européennes est subordonnée à deux conditions cumulatives¹⁴²¹. La première condition est l'abstention de transposition ou la transposition incorrecte de la directive européenne par les autorités normatives à l'échéance du délai, et consiste donc en un manquement de l'État à ses obligations. Les explications de cette condition sont développées de manière très explicite dans

¹⁴¹⁸ CORNU G., *op. cit.*, ve « Applicabilité », p. 73.

¹⁴¹⁹ SIMON D., *Le système juridique communautaire*, P.U.F., Collection Droit fondamental, 3^e éd., 2003, p. 445.

¹⁴²⁰ SIMON D., *op. cit.*, p. 445.

¹⁴²¹ GUYOMAR M., concl. sur CE Ass. 30 octobre 2009, *Mme Perreux*, précitées, p. 1132. Ce constat a été précédemment établi par de nombreux auteurs, comme par exemple J.-C. BONICHOT et Y. GALMOT, *La Cour de justice des communautés européennes et la transposition des directives en droit national*, R.F.D.A., 1988, p. 1 ; D. SIMON, *op. cit.*, p. 445 et 446.

l'affaire *Ratti*¹⁴²². La Cour de justice commence par constater que l'effet utile d'une directive européenne « se trouverait affaibli si les justiciables étaient empêchés de s'en prévaloir en justice et les juridictions nationales empêchées de le prendre en considération en tant qu'élément du droit communautaire »¹⁴²³. Dans la mesure où un État défaillant ne peut pas opposer la violation de l'obligation de transposition d'une directive européenne, il incombe au juge interne, saisi d'une demande tendant à écarter le droit national incompatible avec les dispositions de la directive non transposée, de faire droit à cette demande si « l'obligation en cause est inconditionnelle et suffisamment précise »¹⁴²⁴. Par conséquent, « ce n'est qu'au terme de la période fixée et en cas de défaillance de l'État membre, que la directive (...) pourra avoir les effets décrits »¹⁴²⁵. La première étape du mécanisme consiste donc en un constat de carence ou de défaillance, et fait naître la nécessité d'y remédier. Cette condition découle manifestement de la volonté d'assurer l'effectivité du droit européen, l'effet direct permettant ainsi de dénouer le blocage d'une situation où la défaillance d'État ne pourrait être contrôlée faute d'applicabilité directe ou d'invocabilité des dispositions de la directive.

La seconde condition revêt un aspect technique, et est relative à l'inconditionnalité et à la précision des dispositions de la directive invoquée. Cette question relative aux qualités que doit présenter le contenu matériel d'une directive européenne pour qu'un effet direct lui soit reconnu se pose dans les mêmes termes en droit interne pour toute norme juridique : pour qu'une règle soit directement applicable et appliquée, il est nécessaire qu'elle soit claire, précise, inconditionnelle et qu'elle ne suppose pas d'intervention complémentaire d'une autorité dotée d'un pouvoir normatif discrétionnaire. « Ces deux conditions d'inconditionnalité et précision peuvent être distinguées bien qu'elles procèdent, en fin de compte, de la même idée : une directive ne peut être substituée au droit national que dans la mesure où aucun doute ne subsiste sur le contenu des règles devant résulter de l'opération de « législation à deux

¹⁴²² CJCE 5 avril 1979, *Ministère public c. Tullio Ratti*, 148/78, Rec. p. 1629 ; CJCE 6 mai 1980, *Commission c. Belgique*, 102/79, Rec. p. 1473, point 12, p. 1487 ; CJCE 19 janvier 1982, *Ursula Becker c. Finanzamt Münster-Innenstadt*, 8/81, Rec. p. 53, points 24 et 25, p. 71 ; CJCE 22 septembre 1983, *Vincent Rodolphe Auer c. Ministère public*, 271/82, p. 2727, point 8, p. 2741.

¹⁴²³ CJCE 5 avril 1979, précité, point 21, p. 1642.

¹⁴²⁴ CJCE 5 avril 1979, précité, point 23, p. 1642.

¹⁴²⁵ CJCE 5 avril 1979, précité, point 43, p. 1645.

étages » que constitue le mécanisme du 3^e alinéa de l'article 189 »¹⁴²⁶. Le juge ne peut, en effet, être tenu d'appliquer une directive européenne dépourvue d'effet direct (ou toute autre norme juridique dépourvue de ces caractéristiques), dans la mesure où cette application le ferait dépasser les limites de la fonction juridictionnelle et empiéter sur les fonctions normatives, par l'édition d'un arrêt de règlement¹⁴²⁷ : pour Denys SIMON cette condition matérielle « implique seulement que ne s'intercale, entre la norme communautaire et le justiciable, aucun pouvoir discrétionnaire de nature à ajouter au contenu normatif de la disposition communautaire susceptible de faire écran entre cette dernière et le particulier »¹⁴²⁸. La condition de précision est une qualité de formulation du texte de la directive qui se rapporte directement à l'ampleur de la marge d'appréciation de l'État dans l'opération d'incorporation du contenu normatif dans son droit national. Dans son sens premier, le terme même de « précision » se rapproche du concept de « degré », en désignant une détermination la plus exacte possible d'une mesure, avec une marge d'erreur très réduite. Par extension, la précision est le « soin apporté à être exact, à ne rien omettre ni négliger ; [la] netteté rigoureuse de la pensée et de l'expression »¹⁴²⁹. « L'obligation de mise en œuvre mise à la charge des États est « conditionnelle » lorsque leur est laissée, explicitement, une latitude de choix, soit dans l'application même de certaines dispositions de la directive, soit dans les modalités de cette application. Quand un État n'a pas mis en œuvre une directive « conditionnelle », il est certes en faute, mais l'effet direct ne peut jouer car personne ne sait quelle norme il faudra appliquer »¹⁴³⁰. Il ressort de ce qui précède que la substitution est exclue pour les directives européennes reconnaissant aux États un réel pouvoir d'appréciation pour assurer leur mise en œuvre, et pour celles dont l'application a

¹⁴²⁶ BONICHOT J.-C. et GALMOT Y., *La Cour de justice des communautés européennes et la transposition des directives en droit national*, R.F.D.A., 1988, p. 1 à 23, p. 16. Cité par Mattias GUYOMAR, *op. cit.*, p. 1132.

¹⁴²⁷ « Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises », article 5 du Code civil. Cf. *supra*, « L'emploi d'un critère théoriquement lié à la compétence du juge », p. 136.

¹⁴²⁸ Cité par M. GUYOMAR, *op. cit.*, p. 1137.

¹⁴²⁹ *Dictionnaire de l'Académie Française*, 9^e édition, v^e « Précision ».

¹⁴³⁰ BONICHOT J.-C. et GALMOT Y., *op. cit.*, p. 16.

pour effet de créer des obligations à la charge d'une personne privée, ce qui est d'emblée exclu par l'absence de principe d'effet direct horizontal des directives¹⁴³¹.

B - La portée du mécanisme de l'invocabilité de substitution

Comme il a été précédemment démontré, les conditions techniques de la substitution sont incompatibles avec les normes non directement applicables, qui, par leur définition même, ne peuvent bénéficier de ce mécanisme contentieux. Ce constat mène à envisager les raisons de cette impossibilité, non pas au travers de l'établissement, erroné, d'un lien entre applicabilité et invocabilité de substitution, mais de l'existence du manquement à une obligation précise et déterminée (1), ainsi que sa portée en droit public français (2).

1. L'invocabilité de substitution, un mécanisme étroitement lié au manquement à une obligation

L'appréciation combinée des conditions de mise en œuvre de l'invocabilité de substitution révèle un lien fondamental entre la faute commise par l'État et l'invocabilité de la directive européenne. Pourtant, en théorie, l'essentiel des explications se concentrent sur l'existence d'un lien parallèle et proportionnel entre les conditions d'applicabilité directe de la directive européenne et les conditions du mécanisme de l'invocabilité de substitution. Cette approche est réductrice, dans la mesure où elle ne prend pas en compte l'ensemble des conditions d'application du mécanisme. L'existence de l'invocabilité de substitution trouve en réalité son fondement pratique dans l'application de l'adage *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* à un État défaillant, et non dans la satisfaction théorique des conditions d'applicabilité directe de la directive. Ce mécanisme a donc pour objet principal d'être un outil juridictionnel, contentieux, au service de la garantie effective et immédiate de la primauté du droit de l'Union européenne, et non de sa consécration.

¹⁴³¹ CJCE 2 août 1993, *M. H. Marshall c. Southampton and South West Hampshire Area Health Authority*, dite *Marshall II*, C-271/91, Rec., I, p. 4367 ; CJCE 14 juillet 1994, *Paola Faccini Dori c. Recreb Srl.*, C-91/92, Rec., I, p. 3325 ; CJCE 7 décembre 1995, *Luigi Spano et autres c. Fiat Geotech SpA et Fiat Hitachi Excavators SpA*, C-472/93, Rec., I, p. 4321 ; Europe, février 1996, n° 66, comm. D. SIMON.

À ce stade, l'écueil de l'analyse réside dans la différenciation explicite entre les règlements et les directives européennes opérée par l'article 288 du T.F.U.E. Toute forme d'assimilation des directives aux règlements, tout alignement intégral de leurs régimes juridiques serait manifestement contraire à la lettre du Traité. La Cour se refuse ainsi à une telle confusion, comme en témoignent les conclusions de l'Avocat général Gerhard REISCHL sur l'affaire *Ratti*¹⁴³² : « (...) il est certainement inapproprié de parler d'une applicabilité directe. Ce terme n'est utilisé dans l'article 189 du Traité que pour les règlements, c'est-à-dire pour la législation communautaire directe qui peut également créer des rapports juridiques entre les particuliers. Mais les directives, qui n'engendrent des obligations que pour les États membres se distinguent clairement des règlements (...). On ne peut donc en aucun cas affirmer que les directives peuvent également avoir le contenu et les effets d'un règlement ; les directives peuvent en revanche produire tout au plus des effets analogues (...). L'essentiel de cet effet consiste dans certains cas, qui constituent cependant plutôt l'exception, en ce que les États membres qui n'exécutent pas les obligations que la directive leur impose se voient retirer la possibilité d'invoquer la situation juridique nationale qui apparaît comme illégale au regard du droit communautaire, c'est-à-dire que des particuliers obtiennent le droit de se prévaloir de la directive à l'égard de l'État défaillant et d'en tirer des droits dont les juridictions nationales doivent tenir compte. À vrai dire, il conviendrait donc de ne parler dans de tels cas – et cela a toujours été fait dans la jurisprudence – que d'un effet direct des directives »¹⁴³³. De très nombreux auteurs s'accordent sur le caractère « répressif » de l'effet direct ainsi conçu¹⁴³⁴ : l'application directe des directives européennes est alors qualifiée « d'accidentelle » ou de « pathologique »¹⁴³⁵.

Ce raisonnement illustre la différence fondamentale de paradigme entre applicabilité directe et invocabilité. Cette approche est progressivement reprise par le

¹⁴³² CJCE 5 avril 1979, *Ministère public c. Tullio Ratti*, précité.

¹⁴³³ Rec. CJCE, 1979, p. 1647 à 1656, p. 1650-1651. Citées par M. GUYOMAR, concl. sur CE Ass. 30 octobre 2009, *Mme Perreux*, précitées, p. 1132.

¹⁴³⁴ Voir notamment MAUGÜÉ C., concl. sur CE Sect. 23 juin 1995, *S.A. Lilly France*, R.F.D.A., p. 1037 à 1049, spé. p. 1041 ; BONICHOT J.-C. et GALMOT Y., *La Cour de justice des communautés européennes et la transposition des directives en droit national*, R.F.D.A., 1988, p. 1 ; PESCATORE P., *L'effet des directives communautaires : une tentative de démythification*, D., 1980, chron. p. 171.

¹⁴³⁵ BONICHOT J.-C. et GALMOT Y., *op. cit.*, p. 13.

juge administratif français, appliquant les adages *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* ou *venire contra factum proprium* à l'administration¹⁴³⁶ et, acceptant désormais l'invocabilité de substitution « *des dispositions précises et inconditionnelles d'une directive, lorsque l'État n'a pas pris, dans les délais impartis par celle-ci, les mesures de transposition nécessaires* »¹⁴³⁷. Comme le précise le Rapporteur public Mattias GUYOMAR dans ses conclusions sur l'affaire *Mme Perreux*¹⁴³⁸, le contrôle du juge administratif dans de tels cas est particulièrement complexe. Dans un premier temps, le juge peut être amené, si l'une des parties en fait la demande, à examiner la validité juridique des dispositions de la directive invoquée, tant à l'égard du droit de l'Union européenne, qu'à la Constitution du 4 octobre 1958¹⁴³⁹ et à la Convention E.D.H.¹⁴⁴⁰, au besoin en saisissant la Cour de justice de l'Union européenne d'une question préjudicielle. Dans un second temps, une fois la condition relative à la défaillance de l'État français établie, le juge administratif procède à l'appréciation du caractère précis et inconditionnel des dispositions invoquées, à l'égard de laquelle le Rapporteur public précise : « *nous vous invitons à retenir une acception stricte de cette qualité de la disposition invoquée qui nous semble souhaitable afin de préserver votre légitimité dans l'application directe d'une directive. C'est à cette condition en effet que sera évité le double risque d'un empiètement des institutions communautaires dans le domaine de compétence des autorités normatives nationales et d'une attitude usurpatoire du juge* »¹⁴⁴¹. Cette opinion est suivie de précisions quant au critère d'inconditionnalité, directement tirées de la jurisprudence de la Cour de justice¹⁴⁴² : « *le maintien d'une compétence des États membres pour la mise en œuvre de la règle, du point de vue procédural, n'en exclut pas l'effet direct dès lors que, sur le fond, ils ne disposent d'aucune faculté d'en conditionner ou d'en restreindre l'application. Mais il en va autrement lorsque les États restent compétents pour définir des conditions de fond. Il en est de même lorsque la directive*

¹⁴³⁶ CE Sect. 23 juin 1995, *S.A. Lilly France*, Rec. p. 257, concl. C. MAUGÜÉ ; R.F.D.A., p. 1037, concl. ; A.J.D.A., p. 496, chron. D. CHAVALUX et J.-H. STAHL ; D.A., juillet 1995, n° 433, obs. C. M.

¹⁴³⁷ CE Ass. 30 octobre 2009, *Mme Perreux*, précité.

¹⁴³⁸ GUYOMAR M., *op. cit.*, p. 1138.

¹⁴³⁹ CE Ass. 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*, précité.

¹⁴⁴⁰ CE Sect. 10 avril 2008, *Conseil national des barreaux et autres et Conseil des barreaux européens*, précité.

¹⁴⁴¹ GUYOMAR M., *op. cit.*, p. 1138.

¹⁴⁴² Notamment des arrêts CJCE 19 janvier 1982, *Ursula Becker c. Finanzamt Münster-Innenstadt*, précité ; et, CJCE 29 novembre 1978, *Knud Oluf Delkvist c. Anklagemyndigheden*, 21/78, Rec. p. 2327.

laisse aux États membres le choix, pour assurer sa mise en œuvre, entre plusieurs options possibles »¹⁴⁴³.

Il résulte de ce qui précède que l'invocabilité de substitution des directives européennes s'inscrit dans une logique particulière de « faute » commise par l'État, qui ressurgit dans l'appréciation de ses deux conditions de mise en œuvre. En effet, la qualification des dispositions de la directive invoquée de « *dispositions précises et inconditionnelles* » repose, certes, sur la lettre des énoncés, mais surtout sur un critère relatif à la marge de manœuvre de l'État dans la réalisation des prescriptions de la directive invoquée. L'inconditionnalité des dispositions est donc appréciée en fonction de l'ampleur, mais aussi de la nature de la compétence de l'État. Ce raisonnement s'inscrit donc dans une prévalence donnée à la détermination des éléments concrets de l'obligation violée, et non dans la prise en compte des droits du justiciables ou à la capacité concrète de la norme à régir leur situation.

2. Une technique à l'intérêt pratique limité

Comme l'explique le Rapporteur public Mattias GUYOMAR, l'invocabilité de substitution a « *une efficacité inégalable* »¹⁴⁴⁴ par rapport à l'invocabilité d'exclusion. Cette affirmation se justifie, sur le plan pratique, par le caractère plus direct et plus simple de la contestation d'un acte administratif non réglementaire à l'égard d'une directive européenne, comparée au recours au mécanisme de l'exception d'illégalité. Cependant, force est de constater que l'invocabilité de substitution n'est pas utile dans tous les contentieux. Dans le cadre du recours pour excès de pouvoir, l'office du juge est limité à l'annulation de la décision administrative contestée. Ainsi, l'admission de l'invocabilité d'exclusion, en permettant l'éviction du droit national contraire et l'annulation de l'acte attaqué, est suffisante, en elle-même, à la justiciabilité maximale possible des dispositions invoquées. L'étape supplémentaire caractéristique de l'invocabilité de substitution, consistant en une application positive de la règle invoquée, dépasse le cadre de l'office du juge de l'excès de

¹⁴⁴³ GUYOMAR M., *op. cit.*, p. 1139.

¹⁴⁴⁴ *Ibid.*

pouvoir. Ce n'est que dans un cadre juridique autorisant la réformation d'une décision litigieuse, tels ceux de l'injonction ou du contentieux de la pleine juridiction, que l'office du juge est suffisamment important pour permettre à l'invocabilité de substitution d'avoir un réel intérêt. « *La reconnaissance de l'effet direct revêtirait une toute autre portée : elle permettrait au juge de faire lui-même immédiatement, à titre curatif, application au litige de la règle communautaire invoquée* »¹⁴⁴⁵.

Aussi ressort-il des éléments précédents que l'invocabilité de substitution, réservée aux normes directement applicables, présente, certes, un intérêt théorique conséquent, mais un intérêt pratique restreint. En effet, en pratique, l'utilisation de l'invocabilité d'exclusion dans le cadre du mécanisme contentieux de l'exception d'illégalité permet d'aboutir parfois à des résultats similaires, tout en étant soumise à des conditions beaucoup moins restrictives. L'invocabilité d'exclusion employée aux fins de contestation d'un acte réglementaire, base juridique à une décision individuelle, permet donc d'obtenir l'annulation de cette dernière alors même que les dispositions de la directive européenne invoquées ne seraient ni précises, ni inconditionnelles. Par comparaison, l'invocabilité de substitution est une simple possibilité de confronter directement les dispositions « *précises et inconditionnelles* » d'une directive à une décision individuelle, à une décision collective ou à une décision d'espèce, au lieu d'exciper de l'illégalité de l'acte réglementaire qui la fonde. Or, il est nécessaire de préciser que cette confrontation directe, en tant que telle, peut également aboutir à la simple exclusion de la décision contestée. En affirmant que « *tout justiciable peut se prévaloir, à l'appui d'un recours dirigé contre un acte administratif non réglementaire, des dispositions précises et inconditionnelles d'une directive, lorsque l'État n'a pas pris, dans les délais impartis par celle-ci, les mesures de transposition nécessaires* »¹⁴⁴⁶, la Haute juridiction prévoit également les conditions d'une invocabilité d'exclusion des actes administratifs non réglementaires, fondée sur les conditions de l'invocabilité de substitution. Plus encore, il est nécessaire de préciser que le Conseil d'État avait déjà appliqué directement les dispositions d'une directive européenne aux lieu et place de la législation nationale incompatible avec les objectifs

¹⁴⁴⁵ GUYOMAR M., *op. cit.*, p. 1138.

¹⁴⁴⁶ CE Ass. 30 octobre 2009, *Mme Perreux*, précité.

fixés par cette dernière dans le cadre d'un recours de pleine juridiction, afin de reconnaître la possibilité d'accorder une exonération de T.V.A. au cas par cas¹⁴⁴⁷.

Cependant, force est de reconnaître que la jurisprudence *Mme Perreux* présente un intérêt considérable, dans la mesure où elle adopte des critères de détermination du caractère directement applicable des dispositions d'une directive européenne en parfaite conformité avec ceux utilisés par les autres juridictions, françaises ou étrangères, nationales ou internationales. De surcroît, l'adoption des critères de précision et d'inconditionnalité, au lieu de celui de la « nature » de la directive européenne, résultant d'une interprétation littérale de l'alinéa 3 de l'article 288 du T.F.U.E., est juridiquement beaucoup plus logique. Cette approche se situe en harmonie avec la démarche suivie pour les autres types de règles juridiques, là où la précédente renforçait le sentiment d'incohérence.

Ainsi, l'invocabilité de réparation et l'invocabilité de substitution, traduisant un degré de justiciabilité maximal des normes, sont des mécanismes dont l'admission est en principe soumise à la satisfaction d'un critère matériel de précision de l'énoncé de la norme. Cette condition rend le cadre technique de ces mécanismes incompatible avec la structure juridique particulière des normes non directement applicables. Par exception, il est nécessaire de relever que l'invocabilité de réparation de textes revêtant ces caractéristiques est admise, en droit de la responsabilité administrative, pour des raisons tenant davantage à la nature de l'obligation pesant sur l'administration qu'à la nature de la norme invoquée. De plus, si les positions conceptuelles de la Cour de justice et du juge administratif connaissent parfois d'importantes différences, les résultats concrets de la mise en œuvre de l'invocabilité de réparation et de l'invocabilité d'exclusion sont relativement similaires.

En conclusion, l'étude des différents types d'invocabilité révèle une possibilité théorique pour les normes non directement applicables de bénéficier d'un degré de justiciabilité non négligeable, qui ne leur est pas pleinement accordé. Au travers du prisme de l'invocabilité, l'efficacité contentieuse la plus importante revient

¹⁴⁴⁷ CE 10 avril 2002, *S.A.R.L. Institut supérieur d'informatique et de management de l'informatique (I.M.I.)*, Rec., Tables, p. 647, p. 665, et p. 708.

sans conteste aux directives européennes et aux textes concernés par l'obligation d'exercice du pouvoir réglementaire d'application. En dehors de facteurs externes, inhérents aux différences de compétences et de structures contentieuses, il est possible de constater que l'attitude du juge administratif est, sur ce point, particulièrement stricte. La comparaison de la conception de l'invocabilité du juge administratif français et de celle de la Cour de justice, voire du Conseil constitutionnel, révèle une différence fondamentale : quand, pour les seconds, l'invocabilité d'une norme désigne la possibilité de s'en prévaloir en tant qu'elle s'insère dans une hiérarchie et s'impose au nom du principe de légalité, elle réside, pour le premier, dans la possibilité de se prévaloir, pour son destinataire uniquement, d'un droit que cette norme contiendrait. L'illustration parfaite des différences de conception entre le juge administratif français et la Cour de justice de l'Union européenne en la matière est donnée par le Rapporteur public Mattias GUYOMAR dans ses conclusions sur l'affaire *Mme Perreux* : « *l'application directe de la directive traduit moins un pouvoir du juge national à l'encontre de son État qu'un devoir à l'égard de son justiciable. À la carence de l'État ne saurait faire écho la défaillance du juge* »¹⁴⁴⁸. Enfin, au-delà des résultats de l'analyse de la typologie technique précédemment établie, il est nécessaire de compléter l'étude de l'invocabilité des normes non directement applicables par la prise en compte d'autres facteurs, dont l'influence sur le potentiel d'invocabilité se révèle d'une importance considérable.

¹⁴⁴⁸ GUYOMAR M., *op. cit.*, p. 1137.

Chapitre second : L'invocabilité, notion mouvante

L'analyse précédente a permis de différencier certaines facettes de la notion d'invocabilité, et de déterminer plus précisément les hypothèses dans lesquelles les normes non directement applicables peuvent être invoquées, de manière plus ou moins aisée selon les cas. Ce travail de typologie étant désormais achevé, force est de constater qu'il s'avère indispensable, mais insuffisant à la pleine compréhension de l'invocabilité des normes non directement applicables.

L'existence de telles ambiguïtés traduit la mutabilité de la pratique de l'invocabilité qui vient compléter le constat de sa complexité théorique. En effet, il est nécessaire de remarquer que le potentiel d'invocabilité des normes non directement applicables varie en fonction de nombreux facteurs dont il est possible de distinguer deux principales catégories. En premier lieu, ce potentiel est fonction d'éléments normatifs, ceux-là mêmes qui traduisent la spécificité juridique des normes non directement applicables. La notion de norme non directement applicable retenue par cette étude implique une particularité de contenu et des énoncés procédant par indétermination. Ces particularismes influencent fortement le potentiel d'invocabilité des normes non directement applicables (Section I). En second lieu, il est également conditionné par des éléments de nature contentieuse qui, certes, pèsent indifféremment sur l'invocabilité de toute norme juridique, mais permettent d'expliquer certaines solutions spécifiques. Dans cette mesure, il est utile d'analyser les possibilités d'invocabilité des normes non directement applicables en fonction des particularités de chaque contentieux dans lequel elles sont appelées à être invoquées (Section II).

Section I : Un potentiel d'invocabilité conditionné par des facteurs normatifs

Il ressort de ce qui précède que les normes non directement applicables peuvent être définies au moyen d'un critère matériel, reposant sur le manque de

clarté et de précision de leurs énoncés ainsi que sur la conditionnalité de leurs prescriptions. Pour les normes d'origine internationale, le critère matériel est double, et composé du précédent et de l'exigence d'une capacité à dépasser le cadre interétatique. De cet aspect est déduit le critère de la nécessité d'une intervention complémentaire d'une autorité dotée d'un pouvoir normatif, en d'autres termes, d'un intermédiaire normatif. La notion de norme intermédiaire est entendue comme la norme « *qui est entre deux éléments, et forme une transition entre eux* »¹⁴⁴⁹, « *par l'entremise de laquelle on arrive à quelque résultat* »¹⁴⁵⁰. Le résultat recherché dans le cadre de cette étude consiste à l'application de la norme et son invocabilité.

Ces éléments mènent à s'interroger davantage sur la nature de cette intervention normative, et sur ses conséquences sur l'invocabilité de la norme non directement applicable qui en est la source. Il est possible de distinguer trois principales catégories d'intermédiaires normatifs correspondant à la situation envisagée : la transposition, *l'interpositio legislatoris* et la « législation-relais ». La transposition a précédemment fait l'objet d'une analyse approfondie, et les conséquences de sa présence et de son absence sur l'invocabilité des directives européennes ont déjà été étudiées. *L'interpositio legislatoris* est une forme de norme de mise en œuvre et a donc pour objet de concrétiser la règle sur le fondement de laquelle elle est adoptée. Son existence emporte d'importantes conséquences sur le régime contentieux des normes non directement applicables (Paragraphe I). Légèrement différente est l'hypothèse où l'intermédiaire est constitué par une « législation-relais », qui a pour effet de consacrer l'invocabilité de certaines normes non directement applicables sans pour autant les mettre en œuvre (Paragraphe II).

Paragraphe I : L'existence d'une *interpositio legislatoris*

Le critère de la nécessité de l'intervention d'un pouvoir normatif complémentaire à l'énoncé de la norme non directement applicable paraît simple au premier abord et est utilisé, non seulement en droit français, mais encore dans de très

¹⁴⁴⁹ *Dictionnaire de l'Académie Française*, 9^e édition, v^e adjectif « Intermédiaire », premier sens.

¹⁴⁵⁰ *Dictionnaire de l'Académie Française*, 9^e édition, v^e nom « Intermédiaire », deuxième sens.

nombreux systèmes juridiques. Par exemple, les États-Unis connaissent la notion de norme non directement applicable, également identifiée par l'emploi du critère de la nécessité d'une intervention ultérieure, établi par l'arrêt *Foster & Elam v. Neilson*¹⁴⁵¹. Ainsi, les normes dépourvues de caractère auto-exécutoire, qu'elles soient constitutionnelles, législatives ou issues d'engagements internationaux se voient privées d'effet direct par le juge américain parce qu'elles impliquent ou appellent expressément une tierce intervention. En outre, les directives européennes doivent être exclues de l'application de cette règle générale, dans la mesure où l'obligation spécifique de transposition n'est pas réellement assimilable à la nécessité d'une *interpositio legislatoris* classique¹⁴⁵².

Le droit français préfère à l'*interpositio legislatoris* la référence aux notions de norme « de mise en œuvre » ou « d'application », qui ne sont pourtant pas précisément déterminées (A). Ces hésitations se retrouvent dans les conséquences de l'existence d'une médiation normative sur le régime juridique de la norme à mettre en œuvre, qui méritent d'être analysées (B).

A - L'identification de la notion d'*interpositio legislatoris*

La compréhension des enjeux du critère de l'*interpositio legislatoris* nécessite, en premier lieu, de déterminer la nature théorique de cette notion proche de celle de norme de mise en œuvre (1) avant, en second lieu, d'en examiner l'utilisation contentieuse (2).

¹⁴⁵¹ Cour Suprême des États-Unis, 4 février 1829, *Foster & Elam v. Neilson*, 27 U.S. (2 Pet.) 253 (1829). Selon la célèbre formule du Chief Justice MARSHALL à l'occasion de cette affaire, et maintes fois reprise depuis lors par les tribunaux américains, « [O]ur Constitution declares a treaty to be the law of the land. It is, consequently, to be regarded in the courts of justice as equivalent to an Act of legislature, whenever it operates of itself without the aid of a legislative provisions. But when the terms of the stipulation import a contract, when either the parties engage to perform a particular act, the treaty addresses itself to the political, not the judicial department; and the legislature must execute the contract before it can become a rule for the Court », cité par T. BUERGENTHAL, *Self-executing and non self-executing treaties*, R.C.A.D.I., 1992-IV, t. 235, p. 371). Cité par H. TIGROUDJA, *Le juge administratif français et l'effet direct des engagements internationaux*, R.F.D.A., 2003, p. 154 à 168, p. 157.

¹⁴⁵² Cf. *supra*, Première partie, Titre Second, Chapitre premier, Section I « La transposition des directives européennes », p. 200.

1. La notion de norme de mise en œuvre correspond à la qualification d'interpositio legislatoris

La notion d'*interpositio legislatoris* est relativement ancienne. Sa détermination se fonde davantage sur une position particulière de la norme à mettre en œuvre que sur des qualités propres à la norme de mise en œuvre. En effet, un tel schéma repose sur une conception programmatique de certains énoncés à vocation générale, notamment constitutionnels¹⁴⁵³. Dans ce cadre conceptuel, la prise en compte de la norme ne se fait qu'en relation avec les fins qu'elle prescrit et sans contrôle juridictionnel sur son aptitude à les atteindre : la norme n'a pas d'effet *de plano*, mais ne peut bénéficier que d'un effet *de lege*. Elle est ainsi considérée comme exprimant un programme, une déclaration d'intention. Elle n'est qu'un acte de volonté et un acte de langage qui nécessite l'*interpositio legislatoris* afin d'accomplir sa *ratio essendi* par le reflet de ses prescriptions dans la réalité concrète¹⁴⁵⁴.

Cette *interpositio legislatoris* consiste en la nécessaire intervention d'un pouvoir normatif discrétionnaire dont l'exercice de la compétence reste facultatif. La fonction normative de l'*interpositio legislatoris* répond à la conception programmatique des dispositions constitutionnelles structurées en droits-créances, qui « ne peuvent recevoir satisfaction qu'après la mise en place d'un appareil destiné à répondre aux exigences des particuliers. Le service public est donc, pour la satisfaction de tels pouvoirs, le procédé le plus normal. Tant que le service n'est pas créé, tant que l'État n'a pas réuni les moyens nécessaires pour s'acquitter de son obligation, le droit du créancier ne peut s'exercer »¹⁴⁵⁵. Cependant, les normes constitutionnelles ne sont pas considérées

¹⁴⁵³ Laurence GAY démontre, au sujet des droits-créances constitutionnel, que l'origine de cette conception peut remonter à l'Allemagne de la Constitution de Weimar : *Les « droits-créances » constitutionnels*, Bruxelles, Bruylant, Collection de droit public comparé et européen, 2007, p. 114 à 117.

¹⁴⁵⁴ Ces observations se retrouvent dans la définition du droit selon le schéma synthétique décrit par Gérard CORNU, *Le visible et l'invisible*, Droits, 1989, n°10, p. 27 à 29, p. 28, « le droit se définit, en toute société, par les trois états par lesquels il passe : droit-norme, droit-acte, droit-sentence ; d'abord verbe de la loi ou parole donnée, puis fait de l'homme, office du juge le cas échéant ».

¹⁴⁵⁵ RIVERO J. et MOUTOUH H., *Les libertés publiques*, t.1, *Les droits de l'homme*, Paris, P.U.F., Collection Thémis droit public, 9^e éd., 2003, p. 89. Cité par Laurence GAY, *op. cit.*, p. 114.

comme les seules concernées, cette médiation normative est également exigée pour certaines stipulations internationales¹⁴⁵⁶.

L'expression « *interpositio legislatoris* » est couramment employée par les juristes de langue italienne, espagnole ou portugaise. Ces deux concepts sont très proches et difficiles à distinguer, mais ne sont pas identiques pour autant, comme le laisse à supposer la définition de l'opération d'application de la loi, qui désigne l'« *action d'apporter à une loi (au sens organique et formel) les précisions qui permettent sa mise en pratique, c'est-à-dire son application par le juge (...) ou même par l'ensemble des personnes concernées (...) : opération dont la légalité suppose qu'elle se borne à donner à la loi, dans les limites de celle-ci, les moyens de sa mise en œuvre* »¹⁴⁵⁷. L'étude de la jurisprudence sur ce point n'est pas concluante, le juge se bornant à affirmer la qualification de norme de mise en œuvre ou d'acte d'application, sans développer le raisonnement menant à ce résultat¹⁴⁵⁸. De plus, ce point précis reste traité de manière fort succincte dans les conclusions des rapporteurs publics ou dans la doctrine. Au sujet de la notion d'acte d'application, le commissaire du Gouvernement Yann AGUILA apporte quelques éléments de qualification du lien existant entre la norme de référence et la norme d'application, en précisant que la première devrait « inclure », de façon nécessaire et prévisible, la deuxième dans ses prescriptions¹⁴⁵⁹. Il ressort également de la suite de ce propos que l'un des critères fondamentaux de la notion d'acte d'application est l'indissociabilité des deux actes, ou plutôt du second par rapport au premier. Le dernier critère est la conditionnalité de la légalité de l'acte d'application par celle de l'acte juridique à appliquer. Cette analyse semble trop

¹⁴⁵⁶ Par exemple, CE 18 juin 2008, *Landes*, Rec., Tables, p. 571, p. 580, et p. 615 : le Conseil d'État déclare, à propos des articles 2 et 10 de la Convention européenne pour la protection des animaux de compagnie du 13 novembre 1987 « *que par elles-mêmes, ces stipulations, qui ne produisent pas d'effets directs à l'égard des particuliers, ne sauraient fonder, en l'absence de dispositions nationales assurant leur mise en œuvre, la compétence du conseil d'administration de la Société centrale canine à prendre les mesures litigieuses* ».

¹⁴⁵⁷ CORNU G., *op. cit.*, ve « Application de la loi », p. 73.

¹⁴⁵⁸ Comme en témoigne la lecture des arrêts CE Sect. 10 février 1967, *Société anonyme des Établissements Petitjean et autres*, précité ; CE 8 mai 1981, *Union des organismes de groupement des collectivités et organismes de groupements du Massif Central*, précité ; CE 5 mars 1993, *S.A.R.L. Indicateur Lagrange*, précité.

¹⁴⁵⁹ AGUILA Y., concl. sur CE 6 juin 2007, *Commune de Groslay et autres*, A.J.D.A., p. 1527 à 1533, p. 1531.

spécifique et trop stricte pour s'appliquer aux liens existants entre la norme à mettre en œuvre et la norme de mise en œuvre, qui semblent plus souples. Les éléments communs entre la notion d'application et la notion de mise en œuvre sont relatifs à l'identité des champs d'application des deux règles, ainsi qu'au lien hiérarchique existant entre la norme de référence et l'acte d'application ou de mise en œuvre.

Cependant, la notion de mise en œuvre fait davantage référence à la concrétisation des grandes orientations définies dans la norme à réaliser, aux opérations qui permettent sa mise en pratique et son application par les personnes concernées, ce qui la rend plus proche de la notion d'*interpositio legislatoris* que la notion d'acte d'application. En effet, par référence au régime contentieux de l'obligation d'exercice du pouvoir réglementaire d'application et aux termes employés par le commissaire du Gouvernement Yann AGUILA afin de définir le lien existant entre la norme de référence et la norme d'application, il est possible de relever quelques incompatibilités majeures avec la notion d'*interpositio legislatoris*. Dans le cadre de l'opération d'application, l'exercice du pouvoir réglementaire est obligatoire et relève essentiellement d'une compétence liée, réserve étant faite du lien de cause à effet entre le degré de précision de l'énoncé de référence et l'ampleur de la marge de manœuvre dans la détermination du contenu de l'acte d'application. En revanche, l'*interpositio legislatoris* implique le choix – laissé à la libre appréciation de l'autorité compétente – d'une intervention normative subordonnée. De surcroît, la détermination du contenu de l'*interpositio legislatoris* relève d'un pouvoir discrétionnaire. La qualification juridique d'*interpositio legislatoris* suppose ainsi la réunion de plusieurs critères de différentes natures.

2. L'utilisation contentieuse d'une conception spécifique de la notion de norme de mise en œuvre

En dehors des incertitudes conceptuelles quant à la distinction ou à l'assimilation des notions d'application et de mise en œuvre, d'importants éléments pratiques de l'utilisation contentieuse de l'*interpositio legislatoris* restent à déterminer. L'étude de la jurisprudence administrative relative à l'invocabilité des dispositions de la Charte de l'environnement de 2004 et de certaines dispositions du Préambule

de la Constitution du 27 octobre 1946 est, à cet égard, particulièrement révélatrice : « lorsque des dispositions législatives ont été prises pour assurer la mise en œuvre des principes énoncés aux articles 1, 2 et 6 de la Charte de l'environnement de 2004, à laquelle le Préambule de la Constitution fait référence en vertu de la loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1^{er} mars 2005, la légalité des décisions administratives s'apprécie par rapport à ces dispositions, sous réserve, s'agissant de dispositions législatives antérieures à l'entrée en vigueur de la charte de l'environnement, qu'elles ne soient pas incompatibles avec les exigences qui découlent de cette charte »¹⁴⁶⁰. De manière réciproque, les dispositions de l'article 5 de la Charte de l'environnement « n'appellent pas de dispositions législatives ou réglementaires en précisant les modalités de mise en œuvre s'imposent aux pouvoirs publics et aux autorités administratives dans leurs domaines de compétence respectifs ; (...) dès lors, en estimant que le principe de précaution tel qu'il est énoncé à l'article 5 de la Charte de l'environnement ne peut être pris en compte par l'autorité administrative lorsqu'elle se prononce sur l'octroi d'une autorisation délivrée en application de la législation sur l'urbanisme, le tribunal administratif d'Orléans a commis une erreur de droit »¹⁴⁶¹.

Ces formules –régulièrement reprises¹⁴⁶² sans constituer clairement des formules de principe– sont relatives à la nécessité d'une *interpositio legislatoris*. Elles précisent que les requérants ne peuvent utilement se prévaloir des articles 1^{er}, 2 et 6 de la Charte de l'environnement de 2004, mais doivent invoquer les dispositions

¹⁴⁶⁰ CE 19 juin 2006, *Association eau et rivières de Bretagne*, précité.

¹⁴⁶¹ CE 19 juillet 2010, *Association du quartier « Les Hauts de Choiseul »*, précité. L'article 5 avait déjà fait l'objet d'une décision, sans pour autant que cette formule de principe ne soit employée, dans CE 6 avril 2006, *Ligue pour la protection des oiseaux*, *Association Convention vie et nature pour une écologie radicale*, *Association France nature environnement*, *Ligue pour la préservation de la faune sauvage et la défense des non-chasseurs*, et *Association pour la protection des animaux sauvages*, n° 283103, inédit au Recueil Lebon ; A.J.D.A., p. 1584, chron. C. LANDAIS et F. LENICA ; R.J.E., 4/2007, p. 425 étude N. HUTEN et M.-A. COHENDET, p. 500, obs. V. GERVASONI : « la fixation au premier samedi du mois d'août de la chasse aux oies et aux limicoles sur le domaine public maritime des départements côtiers de la Manche et de l'Atlantique et sur une partie de l'estuaire de la Gironde ne méconnaît pas l'objectif de protection complète fixé par la directive du 2 avril 1979 ; que, par voie de conséquence, elle ne méconnaît pas le principe de précaution formulé dans la Charte de l'environnement ainsi qu'à l'article L. 110-1 du code de l'environnement ». Cette décision marque un revirement de l'arrêt CE 20 avril 2005, *Société Bouygues*, Rec. p. 157 ; A.J.D.A., p. 1191, concl. Y. AGUILA ; R.D.I., p. 254, obs. F.-G. TRÉBULLE, p. 348, obs. P. SOLER-COUTEAUX ; C.J.E.G., 2005, n° 622, p. 297, note D. CHAUAUX.

¹⁴⁶² Voir par exemple, CE 26 octobre 2007, *M. Tissot et autres*, n° 299883, inédit au Recueil Lebon ; R.J.E., 4/2007, p. 425 étude N. HUTEN et M.-A. COHENDET ; et CE 23 avril 2009, *Association France nature environnement*, *Association Greenpeace France*, *Réseau Sortir du nucléaire* et *Comité de réflexion, d'information et de lutte anti-nucléaire*, n° 306242, inédit au Recueil Lebon ; A.J.D.A., p. 858.

législatives ou de stipulations internationales ayant pour fonction de les mettre en œuvre au soutien de leur contestation de la légalité d'une décision administrative. Malgré le silence des arrêts sur ce point, la condition de l'existence d'une *interpositio legislatoris* se fonde, conformément à la conception traditionnelle, sur l'imprécision des dispositions de la Charte de l'environnement, comme l'indique la lecture des conclusions du commissaire du Gouvernement Mattias GUYOMAR sur l'arrêt *Association Eau et rivières de Bretagne*¹⁴⁶³ : « *s'agissant des dispositions du Préambule de la Constitution, certaines sont suffisamment précises pour être immédiatement applicables, alors que d'autres, pourtant pourvues de la même valeur juridique, ne sont pas invocables à l'appui d'un recours tant qu'une loi n'en a pas précisé les modalités d'application. Lorsque la norme supérieure pose un principe en des termes forts et généraux, vous considérez en effet qu'une loi doit venir en préciser les modalités de mise en œuvre pour qu'elle puisse recevoir une traduction juridique* ». Plus encore, la circonstance selon laquelle les articles 1^{er}, 2, et 6 de la Charte ne prévoient pas –contrairement à certains autres¹⁴⁶⁴– qu'ils s'appliquent « *dans les conditions définies par la loi* », n'est d'aucune incidence sur l'appréciation de la nécessité d'une intervention normative discrétionnaire de mise en œuvre. Ce type de précision est essentiellement interprété comme une règle de compétence¹⁴⁶⁵ et ne constitue en aucun cas une détermination de l'absence d'applicabilité directe de l'énoncé qui la contient. Le commissaire du Gouvernement

¹⁴⁶³ GUYOMAR M., concl. sur CE 19 juin 2006, *Association Eau et rivière de Bretagne*, B.J.C.L., 7/06, p. 475 à 478, p. 476.

¹⁴⁶⁴ Il s'agit des articles 3, 4, et 7. L'article 3 énonce que « *toute personne doit, dans les conditions définies par la loi, prévenir les atteintes qu'elle est susceptible de porter à l'environnement ou, à défaut, en limiter les conséquences* ». La formule est complétée par l'article 4 qui prévoit que « *toute personne doit contribuer à la réparation des dommages qu'elle cause à l'environnement, dans les conditions définies par la loi* ». L'article 7 dispose : « *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* ».

¹⁴⁶⁵ Le juge utilise d'ailleurs les articles 3, 4, et 7 de la Charte de l'environnement dans cette optique. Par exemple, au sujet de l'article 7, CE 24 juillet 2009, *Comité de recherche et d'information indépendantes sur le génie génétique CRII GEN*, précité : « *les dispositions précitées, issues de la loi constitutionnelle du 1er mars 2005, ont réservé au législateur le soin 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 détenues par les autorités publiques et à participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement ; qu'en conséquence, ne relèvent du pouvoir réglementaire, depuis leur entrée en vigueur, que les mesures d'application des conditions et limites fixées par le législateur ; que, toutefois, les dispositions compétemment prises dans le domaine réglementaire, tel qu'il était déterminé antérieurement, demeurent applicables postérieurement à l'entrée en vigueur de ces nouvelles normes, alors même qu'elles seraient intervenues dans un domaine désormais réservé à la loi* ».

Mattias GUYOMAR constate à cet égard que malgré l'absence d'une telle formule dans les dispositions des articles 1^{er}, 2 et 6 de la Charte : « *nous n'en pensons pas moins qu'elles posent des droits et des principes qui nécessitent, pour produire leur plein effet, l'intervention de mesures législatives d'application. Leur énoncé est en effet trop peu précis et trop peu impératif pour que ces dispositions soient d'application directe* »¹⁴⁶⁶.

Il ressort donc de la formulation employée par le juge administratif que la notion d'*interpositio legislatoris* s'applique non seulement aux actes de forme législative, mais encore aux stipulations internationales ; et que le facteur temporel n'a aucune incidence sur la qualification de norme de mise en œuvre. Ainsi, pour le juge administratif, une disposition législative adoptée avant l'entrée en vigueur de la Charte de l'environnement peut être artificiellement considérée comme mettant en œuvre l'une de ses dispositions, alors même que la logique chronologique s'oppose évidemment à cette qualification. Cette position rejoint les observations formulées – avant même l'entrée en vigueur de la Charte de l'environnement – par Yves JEGOUZO et François LOLOUM qui précisent qu'« *il n'y a aucune raison de retarder l'application de ces principes dans l'attente d'une intervention du législateur : ces principes seront applicables dès l'adoption de la charte dans la mesure où ils sont déjà mis en œuvre dans le droit positif actuel* »¹⁴⁶⁷. L'opération de qualification juridique d'une règle législative de mesure de mise en œuvre des dispositions de la Charte de l'environnement consiste essentiellement en une comparaison de la formulation des textes et de leur champ d'application respectif.

Afin d'être considéré par le juge comme une *interpositio legislatoris*, le texte doit être d'une valeur juridique inférieure à la norme à mettre en œuvre, entrer dans le cadre de son champ d'application, présenter une certaine continuité matérielle avec les énoncés concernés, de telle sorte que lui soit reconnue la fonction de mise en œuvre. Il est ainsi possible de constater que la prévalence est donnée par ce raisonnement à l'aspect fonctionnel de la notion d'*interpositio legislatoris* : est qualifiable de norme de mise en œuvre toute norme qui, au regard de son contenu

¹⁴⁶⁶ GUYOMAR M., concl. sur CE 19 juin 2006, *Association Eau et rivière de Bretagne*, précitées, p. 476.

¹⁴⁶⁷ JEGOUZO Y. et LOLOUM F., *La portée juridique de la Charte de l'environnement*, D.A., mars 2004, p. 5 à 8, p. 7.

matériel et de sa valeur juridique, est apte à remplir la fonction de mise en œuvre. Cette fonction réside, certes, dans la concrétisation des termes de la norme supérieure. Mais elle est reconnue aux règles aptes à produire des effets juridiques utilisables par le juge dans un cadre contentieux précis et pas nécessairement dans un autre. Aussi, le concept de législation antérieure ayant pour fonction de mettre en œuvre certaines dispositions de la Charte de l'environnement n'est ni utile ni appliquée dans le cadre de l'examen de la recevabilité d'une question prioritaire de constitutionnalité, comme le commande la logique¹⁴⁶⁸.

Enfin, il reste à préciser que les dispositions législatives examinées doivent être compatibles avec la norme à mettre en œuvre, illustrant ainsi le nécessaire lien de subordination entre les deux actes juridiques. Comme le laissent deviner les propos du commissaire du Gouvernement Mattias GUYOMAR, les dispositions législatives potentiellement qualifiables d'acte juridique de mise en œuvre et dont la date de l'entrée en vigueur précède celle de la Charte de l'environnement risquent logiquement de poser davantage de problèmes de compatibilité : « *s'agissant des dispositions législatives antérieures à l'entrée en vigueur de la charte, encore faut-il qu'elles ne soient pas incompatibles avec les exigences qui en découlent* »¹⁴⁶⁹. La qualification de disposition de mise en œuvre exige donc une vérification, même superficielle, de la compatibilité de cet énoncé à celui de la norme de référence, alors même que celui-ci est, par définition, imprécis.

¹⁴⁶⁸ CE 3 novembre 2010, *Mme Le Fur*, Rec., Tables, p. 862 et p. 943 ; Constitutions, n° 1, janvier-mars 2011, p. 113, note Y. AGUILA et A. PERI : « à l'appui de la question prioritaire de constitutionnalité qu'elle soulève à l'encontre des dispositions précitées, *Mme Le Fur* soutient qu'elles méconnaissent l'article 7 de la Charte de l'environnement qui réserve au législateur le soin de préciser les conditions et limites dans lesquelles s'exerce le droit reconnu à toute personne de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement ; considérant, toutefois, que les dispositions de l'article L. 311-1 du code forestier ont été édictées à une date antérieure à l'intervention de la loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1^{er} mars 2005 relative à la Charte de l'environnement ; que, par suite, la méconnaissance par le législateur de la compétence qui lui a été conférée par les dispositions de l'article 7 de cette charte ne peut être invoquée utilement à leur encontre ».

¹⁴⁶⁹ GUYOMAR M., concl. sur CE 19 juin 2006, *Association Eau et rivière de Bretagne*, précitées, p. 477.

B – Le statut contentieux de la norme non directement applicable et l’existence d’une norme de mise en œuvre

Les interrogations sur la notion d'*interpositio legislatoris* mènent naturellement à envisager les conséquences de l’existence ou de l’absence d’une norme de mise en œuvre sur le statut juridique de la norme non directement applicable. Cette analyse aboutit au constat d’une stricte mise à l’écart de cette dernière du débat contentieux, quelle que soit l’hypothèse, avant l’introduction de la question prioritaire de constitutionnalité. Depuis le 1^{er} mars 2010, la norme non directement applicable de valeur constitutionnelle est davantage prise en compte dans le débat contentieux (1), même si la solution retenue par le juge administratif reste ambivalente (2).

1. Une prise en compte croissante de la norme non directement applicable dans le débat contentieux

Les doutes relatifs à la notion théorique et pratique d'*interpositio legislatoris* étant désormais levés, de nombreuses incertitudes subsistent quant à l’incidence de la présence (a) ou de l’absence (b) de cette intervention d’un pouvoir normatif discrétionnaire sur le statut juridique et le régime contentieux de la norme non directement applicable.

a. Une norme supplantée par l’*interpositio legislatoris* ?

Le statut de la norme non directement applicable de valeur constitutionnelle mise en œuvre par une disposition législative a évolué de manière importante. Avant l’entrée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité, la norme non directement applicable est écartée du champ du débat juridictionnel (α). Depuis, l’examen *a posteriori* d’une disposition législative par rapport à une disposition constitutionnelle relève de la compétence exclusive du Conseil constitutionnel, saisi d’une question prioritaire de constitutionnalité (β).

α – Une norme exclue du débat contentieux avant l'entrée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité

En premier lieu, l'hypothèse classique est celle où une législation postérieure a mis en œuvre la disposition non directement applicable. Dans ce cas, il est nécessaire de déterminer le ou les acte(s) juridique(s) que le requérant, qui entend se prévaloir de ce dispositif, peut utilement invoquer. L'étude de la jurisprudence administrative enseigne que, si le requérant se contente de faire référence au seul énoncé normatif non directement applicable, son moyen sera rejeté. Cette solution est employée par le juge pour certains articles de la Charte de l'environnement de 2004¹⁴⁷⁰, pour certains alinéas du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946¹⁴⁷¹ et pour les objectifs de valeur constitutionnelle¹⁴⁷². Le rejet du moyen fondé sur l'invocation de la seule norme non directement applicable a été expliqué par une application fort stricte de la théorie de l'écran législatif¹⁴⁷³.

L'écran législatif est un corollaire de l'incompétence du juge ordinaire pour vérifier la conformité des lois à la Constitution et rend impossible pour un requérant de se prévaloir de l'inconstitutionnalité d'un acte administratif lorsque ce vice procède en réalité de la loi dont il découle. Dans cette hypothèse, la contrariété de l'acte administratif à la Constitution n'est pas la sienne en propre mais est la conséquence de celle de la loi qui lui sert de base légale. Si l'incompatibilité à la Constitution est le vice propre de l'acte administratif, la circonstance qu'il ait été édicté en application d'une loi conforme à la constitution et conformément à ses dispositions ne fait pas obstacle à la censure du juge. Selon le commissaire du

¹⁴⁷⁰ CE 19 juin 2006, *Association Eau et rivière de Bretagne*, précité.

¹⁴⁷¹ Par exemple, CE 29 novembre 1968, *Tallagrand*, précité.

¹⁴⁷² Par exemple, pour l'objectif de valeur constitutionnelle de pluralisme, voir CE 19 janvier 1990, *Association « La télé est à nous »*, Rec. p. 9. Pour l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé publique, CE 29 juillet 1998, *Comité national des interprofessions des vins et eaux-de-vie à appellation d'origine contrôlée*, Rec., Tables, p. 728 et p. 1150 ; et CE Sect. 30 novembre 1998, *Fédération nationale de l'industrie hôtelière*, Rec. p. 450 ; R.F.D.A., 1999, p. 392, concl. D. CHAVALAUX.

¹⁴⁷³ LANDAIS C. et LENICA F., *Premières précisions sur la portée juridique de la Charte de l'environnement*, note sous CE 19 juin 2006, *Association eau et rivières de Bretagne* (première espèce) et CE 6 avril 2006, *Ligue pour la protection des oiseaux*, *Association Convention vie et nature pour une écologie radicale*, *Association France nature environnement*, *Ligue pour la préservation de la faune sauvage et la défense des non-chasseurs*, et *Association pour la protection des animaux sauvages* (deuxième espèce), in *Chronique générale de jurisprudence administrative française*, A.J.D.A., p. 1584 à 1592, p. 1586.

Gouvernement Rony ABRAHAM concluant sur l'affaire *Quintin*¹⁴⁷⁴, « l'écran transparent » est une notion dégagée par la doctrine à la suite de la décision *Smanor* de 1986¹⁴⁷⁵ et « s'applique à une loi qui tout en renvoyant à l'autorité réglementaire le soin de définir certaines règles, ne contient en elle-même aucune règle de fond de nature à faire obstacle à ce que soient critiquées les dispositions réglementaires adoptées au regard des règles de fond de niveau supralégislatif, qu'elles soient constitutionnelles ou internationales »¹⁴⁷⁶.

La lettre de la formule de principe employée par le Conseil d'État, en distinguant explicitement la nécessité de la compatibilité des dispositions législatives antérieures, mène à déduire que la simple existence d'une *interpositio legislatoris* postérieure à l'entrée en vigueur de la disposition constitutionnelle non directement applicable est considérée comme faisant écran¹⁴⁷⁷. Ce raisonnement a pour conséquence de rendre inutile toute recherche de l'origine du vice d'inconstitutionnalité, la circonstance que celui-ci trouve sa source dans la loi postérieure ou dans l'acte administratif lui-même est totalement indifférente dans la mesure où le juge administratif précise explicitement limiter son contrôle à la conformité de l'acte administratif à la loi de mise en œuvre. L'étroitesse de ce contrôle a pour conséquence la disparition de la norme non directement applicable du champ du débat juridictionnel, sa substance normative est supplantée par l'*interpositio legislatoris*.

En second lieu, le juge considère que les dispositions constitutionnelles non directement applicables peuvent être mises en œuvre par des dispositions législatives antérieures à leur existence. La Haute juridiction pose comme réserve à cette qualification la compatibilité des dispositions législatives antérieures aux

¹⁴⁷⁴ CE 17 mai 1991, *Quintin*, n°100436, inédit au Recueil Lebon ; R.D.P., 1991, p. 1429, concl. R. ABRAHAM.

¹⁴⁷⁵ CE 19 novembre 1986, *Smanor*, Rec. p. 260 ; A.J.D.A., p. 681, chron. M. AZIBERT et M. DE BOISDEFFRE ; J.C.P., G., 1987, II, 20822, concl. B. LASSERRE.

¹⁴⁷⁶ ABRAHAM R., concl. sur CE 17 mai 1991, *Quintin*, R.D.P., 1991, p. 1429 à 1431, p. 1431.

¹⁴⁷⁷ CE 19 juin 2006, *Association eau et rivières de Bretagne*, précité : « la légalité des décisions administratives s'apprécie par rapport à ces dispositions, sous réserve, s'agissant de dispositions législatives antérieures à l'entrée en vigueur de la charte de l'environnement, quelles ne soient pas incompatibles avec les exigences qui découlent de cette charte ».

dispositions à mettre en œuvre. Dans ce cadre, en vertu de l'adage *lex posterior derogat priori*, l'application de l'écran législatif est logiquement écartée. Comme le soulignent notamment Claire LANDAIS et Frédéric LENICA¹⁴⁷⁸, ce raisonnement ne constitue pas un discret revirement de la célèbre jurisprudence *Arrighi*¹⁴⁷⁹. En cas de contrariété matérielle entre une intervention législative antérieure et une disposition de la Charte, le juge serait amené à écarter l'application de l'énoncé législatif considéré comme inconstitutionnel, conformément à la solution posée à l'occasion des affaires *Ah Won* et *Butin*¹⁴⁸⁰. La réserve de compatibilité peut être conçue comme une forme d'abrogation implicite de la norme antérieure par l'entrée en vigueur de la règle postérieure au sens de la jurisprudence *Syndicat national des huissiers de justice*¹⁴⁸¹.

L'idée se retrouve dans la jurisprudence de la Cour de cassation relative à l'abrogation implicite de dispositions réglementaires par une loi postérieure¹⁴⁸². Cette

¹⁴⁷⁸ *Premières précisions sur la portée juridique de la Charte de l'environnement*, in *Chronique générale de jurisprudence administrative française*, note sous CE 19 juin 2006, *Association eau et rivières de Bretagne*, précitée, p. 1586.

¹⁴⁷⁹ CE Sect. 6 novembre 1936, *Sieur Arrighi*, précité.

¹⁴⁸⁰ CE Ass. 22 janvier 1982, *Butin*, Rec. p. 27, et *Ah Won*, Rec. p. 33 ; A.J.D.A., p. 477, chron. B. LASSERRE et F. TIBERGHIEU, p. 440 ; R.D.P., p. 822, concl. A. BACQUET, note R. DRAGO, p. 816 ; R.A., n° 208, p. 387, note B. PACTEAU ; Gaz. Pal., 14/16 novembre 1982, comm. J.-P. BOIVIN ; J.C.P., G., II, 1983, 19968, note J. BARTHÉLÉMY.

¹⁴⁸¹ CE Ass. 16 décembre 2005, *Ministre des Affaires sociales, du Travail et de la Solidarité et Syndicat national des huissiers de justice*, Rec. p. 570 concl. J.-H. STAHL ; R.F.D.A., 2006, p. 41, concl. ; R.J.E.P., 2006, n° 629, p. 128, concl. ; A.J.D.A., 2006, p. 357, chron. C. LANDAIS et F. LENICA ; L.P.A., n° 82, 25 avril 2006, p. 10, note A. CLAEYS ; D.A., avril 2006, comm. n° 6, p. 29, note O. GUILLAUMONT. Voir également CE, ord. réf., 21 novembre 2005, *Boisvert*, n° 287217, Rec. p. 517 ; A.J.D.A., 2006, p. 357, chron. C. LANDAIS et F. LENICA ; B.J.C.L., p. 754, obs. J.-C. B. : « s'il n'appartient pas au juge administratif d'apprécier la conformité d'une loi aux dispositions constitutionnelles en vigueur à la date de sa promulgation, il lui revient de constater l'abrogation, fût-elle implicite, d'un texte de loi qui découle de ce que son contenu est inconciliable avec un texte qui lui est postérieur, que celui-ci ait valeur législative ou constitutionnelle ».

¹⁴⁸² Par exemple, Cass. soc. 4 mars 1987, n° 84-11.751, *U.R.S.S.A.F. du Bas-Rhin c. Levy*, Bull. civ. V, n° 104.

théorie ancienne¹⁴⁸³ consiste à considérer, en cas d'incompatibilité radicale entre une norme hiérarchiquement égale ou supérieure avec une norme antérieure, que la norme la plus récente a implicitement mais nécessairement abrogé la règle ancienne. L'abrogation implicite, se rapprochant du principe *lex posterior derogat priori*, n'est pas une théorie exclusive au changement du texte constitutionnel¹⁴⁸⁴ et a connu une utilisation particulière pour le droit international sous l'empire désormais révolu de la jurisprudence des *Semoules*¹⁴⁸⁵. La principale condition d'application de l'abrogation implicite est relative au degré de contrariété du contenu matériel des deux normes. Seuls les énoncés totalement inconciliables par l'interprétation atteignent le degré d'incompatibilité requis pour que l'abrogation implicite soit constatée : le juge administratif répugne « à admettre qu'un texte législatif puisse être implicitement abrogé par un texte constitutionnel ultérieur ; soucieux d'éviter à chaque changement de régime des vides juridiques, vous ne vous résignez à une telle conclusion que lorsqu'il y a entre les deux textes une incompatibilité radicale »¹⁴⁸⁶.

Le commissaire du Gouvernement Jacques-Henri STAHL relève la rareté des cas d'abrogation implicite du fait du jeu de cette exigence et souligne « qu'il est encore plus difficile de constater l'abrogation d'une loi lorsque est en cause non une disposition

¹⁴⁸³ Comme le rappelle le commissaire du Gouvernement Jacques-Henri STAHL dans ses conclusions sur CE Ass. 16 décembre 2005, *Ministre des Affaires sociales, du Travail et de la Solidarité c. Syndicat national des huissiers de justice*, R.F.D.A., 2006, p. 41 à 47, p. 44 : « la solution est anciennement acquise et a même été solennellement affirmée aux premiers jours du Conseil d'État sous sa forme moderne : le jour de Noël 1799, ou plutôt le 4 nivôse de l'an VIII, le Conseil d'État appelé à se prononcer sur l'admissibilité aux fonctions publiques des parents d'émigrés et des nobles, a estimé que les lois de proscription, « et toute autre loi dont le texte serait inconciliable avec celui de la Constitution ont été abrogées par le fait seul de la promulgation de cette Constitution », car « c'est un principe éternel qu'une loi nouvelle fait cesser toute loi précédente ou toute disposition de la loi précédente contraire à son texte ; principe applicable, à plus forte raison, à la Constitution, qui est la loi fondamentale de l'État » (*Avis du Conseil d'État du 4 nivôse de l'an VIII, Rec. Duvergier p. 47 ; D., 1999, p. 705, note P.*) ».

¹⁴⁸⁴ Comme le rappelle le commissaire du Gouvernement Jacques-Henri STAHL, *op. cit.*, p. 44 : « Vous pratiquez un tel mode de raisonnement en cas d'incompatibilité entre deux lois successives (Sect. 1^{er} avril 1960, *Guanter*, Rec. p. 249 ; Sect. 7 juillet 1967, *Élections municipales de Guagno*, Rec. p. 303 ; Sect. 10 juillet 1970, *Société civile du domaine de Suroît*, Rec. p. 481 ; Ass. 2 avril 2003, *Sarrat*, Rec. p. 164) ou entre deux réglementations successives (Ass. 5 mai 1961, *Ruais*, Rec. p. 299). Vous raisonnez de même lorsque l'intervention d'une loi nouvelle s'oppose à ce que puisse continuer de recevoir application une réglementation antérieure incompatible (23 juin 1972, *Société Magerida Compania Naviera et Labat*, Rec. p. 486) ».

¹⁴⁸⁵ CE Sect. 1^{er} mars 1968, *Syndicat général des Fabricants de semoules de France*, Rec. p. 149 ; A.J.D.A., p. 235, concl. N. QUESTIAUX ; D., p. 285, note M. L.

¹⁴⁸⁶ LABETOULLE D., concl. sur CE Sect. 9 novembre 1979, *Ministre de l'Agriculture et société d'aménagement de la côte de Monts*, A.J.D.A., 1980, p. 362 à 365, p. 363. Citées par Jacques-Henri STAHL, *op. cit.*, p. 45.

précise du texte de la Constitution mais un principe posé par le Préambule, dont les contours sont nécessairement plus flous. L'hypothèse d'une collision frontale et irrémédiable entre une disposition législative et le simple énoncé d'un principe constitutionnel ne peut, en effet, s'imaginer facilement de nos jours. S'il arrive qu'une loi organise une liberté et définisse son régime, voire y apporte certains tempéraments justifiés, il est plus que rare qu'elle se traduise par la négation directe d'un principe posé en termes généraux par le Préambule »¹⁴⁸⁷. De surcroît, la théorie de l'abrogation implicite est fortement remise en cause par l'introduction récente de la question prioritaire de constitutionnalité.

β – Depuis l'entrée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité

L'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité en droit français a pour effet de modifier de manière importante l'intérêt pratique de la théorie de l'abrogation implicite dans la mesure où le contrôle de constitutionnalité vient s'y substituer – sous certaines conditions. En effet, les jurisprudences du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel confirment que le contrôle d'une disposition législative par rapport à une disposition constitutionnelle postérieure relève de la compétence du Conseil constitutionnel. La loi peut faire l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité prévue par l'article 61-1 de la Constitution, sous certaines conditions. Si tel est le cas, le Conseil constitutionnel ne manquera pas de contrôler la conformité de la loi à la norme constitutionnelle invoquée, indépendamment de son applicabilité directe, pour autant qu'elle consacre un droit que la Constitution garantit. La substitution du contrôle de constitutionnalité par le Conseil constitutionnel à la mise en œuvre de la théorie de l'abrogation implicite de la loi par le juge ordinaire s'est concrétisée dans deux hypothèses notables.

¹⁴⁸⁷ STAHL J.-H., concl. sur CE Ass. 16 décembre 2005, *Ministre des Affaires sociales, du Travail et de la Solidarité c. Syndicat national des huissiers de justice*, précitées, p. 45.

D'une part, à l'occasion d'un pourvoi en cassation formé dans le cadre d'un litige portant sur l'application d'une loi du 30 avril 1941¹⁴⁸⁸ est soulevée une question prioritaire de constitutionnalité par la Compagnie agricole de la Crau. La question se fonde sur la méconnaissance par la loi de 1941 du principe d'égalité devant les charges publiques garanti par l'article 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 et rétabli dans l'ordre constitutionnel par le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946¹⁴⁸⁹. Dans une décision rendue le 15 juillet 2010, le Conseil d'État se borne à constater que les conditions de transmission de l'affaire au Conseil constitutionnel sont remplies : la loi est applicable au litige, ses dispositions n'ont pas déjà été déclarées conformes à la Constitution par le Conseil constitutionnel, le moyen tiré de ce qu'elles portent atteinte au principe d'égalité devant les charges publiques soulève une question présentant un caractère sérieux¹⁴⁹⁰. Le Conseil constitutionnel conclut à une inconstitutionnalité de la loi de 1941 du fait d'une rupture de l'égalité devant les charges publiques¹⁴⁹¹. D'autre part, à l'occasion d'une demande formée à l'encontre d'une décision de refus de la Cour nationale du droit d'asile, un requérant forme une question prioritaire de constitutionnalité fondée sur la contrariété à l'article 66-1 de la Constitution de l'article L. 712-2 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, énonçant – dans sa version issue de la loi du 10 décembre 2003 – que sont exclus de la protection subsidiaire les auteurs de crimes graves de droit commun et les personnes dont les activités constituent une menace grave pour l'ordre public, la sécurité publique ou la sûreté

¹⁴⁸⁸ Cette loi approuve les stipulations des concessions de dessèchement des marais de Fos et de mise en valeur de la Crau conclues entre l'État et la Compagnie agricole de la Crau les 30 octobre et 14 décembre 1940. Ces conventions prévoient le versement d'une partie des bénéfices de la Compagnie agricole de la Crau à l'État. Dans une décision de 2009, le Conseil d'État juge « *qu'en approuvant les stipulations des conventions des 30 octobre et 14 décembre 1940, dont le contenu a été rappelé ci-dessus, la loi du 30 avril 1941 doit être regardée, non comme ayant approuvé des obligations réciproques dont auraient pu librement convenir les parties aux conventions, mais comme ayant imposé à la Compagnie agricole de la Crau, sans aucune contrepartie pour elle, l'obligation d'avoir à acquitter au profit de l'État, pour une durée indéterminée, un prélèvement obligatoire de caractère fiscal* » ; CE 27 juillet 2009, *Compagnie agricole de la Crau*, Rec., Tables, p. 602, p. 603, p. 606, et p. 688 ; R.F.D.A., p. 1263, concl. E. GLASER ; R.T.D.E., 2010, p. 453, chron. A. BOUVERESSE, J.-P. KOVAR et D. RITLÉNG.

¹⁴⁸⁹ Telle est la date à prendre en compte, conformément à la jurisprudence constante du Conseil d'État relative à l'abrogation implicite.

¹⁴⁹⁰ CE 10 juillet 2010, *Compagnie agricole de la Crau*, n° 322419, inédit au Recueil Lebon.

¹⁴⁹¹ CC n° 2010-52 QPC, 14 octobre 2010, *Compagnie agricole de la Crau*, Rec. p. 283 ; D., 2011, p. 529, chron. N. MAZIAU.

de l'État. L'argument consiste à soutenir que les dispositions législatives querellées permettraient de refuser l'asile à des personnes encourant la peine de mort dans leur pays, alors même qu'aux termes de l'article 66-1 de la Constitution, « nul ne peut être condamné à la peine de mort ». Malgré le contrôle de constitutionnalité opéré par voie d'action et *a priori* par le Conseil constitutionnel sur les articles contestés de la loi du 10 décembre 2003, le Conseil d'État choisit de renvoyer la question ; les dispositions législatives datées de 2003 n'ont pas pu faire l'objet d'un contrôle de conformité par rapport à l'article 66-1 de la Constitution, issu de la révision constitutionnelle du 23 février 2007¹⁴⁹².

Le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État ont admis la possibilité de saisir le Conseil constitutionnel d'une question prioritaire de constitutionnalité portant sur la conformité d'une loi par rapport à une disposition constitutionnelle postérieure. La construction théorique de l'abrogation implicite de la loi par la disposition constitutionnelle ultérieure incompatible est ainsi remise en cause, du moins partiellement : encore faut-il que le requérant soulève une question prioritaire de constitutionnalité. Comme le démontre Gweltaz EVEILLARD, l'abrogation implicite et le contrôle de constitutionnalité sont loin d'être incompatibles et peuvent se combiner¹⁴⁹³. La lecture de l'affaire *Daoudi* conduit à adopter le postulat selon lequel tout contrôle de l'abrogation implicite est exclu dès lors qu'une partie au litige soulève une question prioritaire de constitutionnalité. Mais, dans cette espèce, le requérant n'a pas soulevé de moyen relatif à l'abrogation implicite. Il est pourtant raisonnable de penser que la question de la combinaison de ces deux contrôles risque de se poser à l'avenir.

¹⁴⁹² CE Sect. 8 octobre 2010, *Daoudi*, Rec. p. 371 ; A.J.D.A., p. 1911, p. 2433, concl. S.-J. LIÉBER ; R.F.D.A., p. 1257, chron. A. ROBLOT-TROIZIER et T. RAMBAUD ; Constitutions, 2011, p. 117, obs. V. TCHEN. Cf. CC n° 2010-79 QPC, 17 décembre 2010, *M. Kamel D.*, Rec. p. 406.

¹⁴⁹³ EVEILLARD G., *Abrogation implicite ou inconstitutionnalité de la loi ?*, R.F.D.A., 2011, p. 353 à 362, spé. p. 361.

b. Une norme en suspens en cas d'absence d'une interpositio legislatoris

Les commentateurs de la décision *Association Eau et rivière de Bretagne*¹⁴⁹⁴ soulignaient que l'interrogation la plus importante concernait l'hypothèse où aucune mesure législative ne pourrait être qualifiée d'*interpositio legislatoris* mettant en œuvre les articles 1^{er}, 2 et 6 de la Charte de l'environnement de 2004¹⁴⁹⁵. Ce doute est désormais levé, la Haute juridiction a, de manière prévisible, aligné le régime contentieux de ces articles sur celui des alinéas non directement applicables du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 et des objectifs de valeur constitutionnelle. Ainsi, dans l'affaire *Association France Nature environnement et autres*, le Conseil d'État précise que « le moyen tiré de la méconnaissance de l'article 7 de la Charte de l'environnement doit être apprécié au regard des dispositions du code de l'environnement qui imposent à la commission nationale du débat public de veiller au respect de l'information du public et qui soumettent l'autorisation litigieuse à une procédure d'enquête publique »¹⁴⁹⁶. En effet, la formule classique concernant les alinéas non directement applicables du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 souligne que le principe posé par leurs dispositions « ne s'impose à l'autorité administrative, en l'absence de précision suffisante, que dans les conditions et les limites définies par les dispositions contenues dans les lois ou dans les conventions internationales incorporées au droit français ; que, par suite, Mme Massouda ne saurait utilement, pour critiquer la légalité de l'arrêté de reconduite à la frontière attaqué, invoquer ce principe indépendamment desdites dispositions »¹⁴⁹⁷. Toutes ces normes, en l'absence de mise en œuvre, ne sont pas

¹⁴⁹⁴ CE 19 juin 2006, *Association eau et rivières de Bretagne*, précité.

¹⁴⁹⁵ LANDAIS C. et LENICA F., note sous CE 19 juin 2006, *Association eau et rivières de Bretagne* (première espèce) et CE 6 avril 2006, *Ligue pour la protection des oiseaux, Association Convention vie et nature pour une écologie radicale, Association France nature environnement, Ligue pour la préservation de la faune sauvage et la défense des non-chasseurs, et Association pour la protection des animaux sauvages* (deuxième espèce), précitée, p. 1587.

¹⁴⁹⁶ CE 23 avril 2009, *Association France nature environnement, Association Greenpeace France, Réseau Sortir du nucléaire et Comité de réflexion, d'information et de lutte anti-nucléaire*, n° 306242, inédit au Recueil Lebon, précité.

¹⁴⁹⁷ CE 28 décembre 2005, *Mme Massouda*, n° 275453, inédit au Recueil Lebon.

« utilement » invocables, seules, dans le cadre du contentieux de la légalité comme dans celui d'une action contentieuse en indemnité¹⁴⁹⁸.

Une telle position est expliquée par le fait que l'imprécision des énoncés normatifs fait apparaître la nécessité d'une *interpositio legislatoris*, dont découlerait leur absence d'invocabilité directe avant l'intervention du pouvoir normatif discrétionnaire. Ce raisonnement classique est mainte fois repris, tant dans les conclusions des commissaires du Gouvernement, que dans les articles de la doctrine, notamment ceux portant sur la Charte de l'environnement de 2004 et publiés dès son adoption. Les articles 1^{er}, 2 et 6 de la Charte constituent des « *objectifs* » pour lesquels « *le juge –qu'il soit administratif ou judiciaire– devrait donc attendre, en principe, que le législateur se soit prononcé avant d'accepter leur invocation devant lui : il devrait, ensuite, rester enfermé dans les limites du texte législatif pour l'application concrète* »¹⁴⁹⁹. Comme il a déjà été démontré, cette assimilation se justifie par des éléments relatifs à l'étendue de la compétence juridictionnelle¹⁵⁰⁰.

2. Une solution contentieuse complexe aux nombreux aspects hasardeux

Après quelques hésitations, le juge administratif décide, dans le cadre de la procédure du référé-liberté, que l'article 1^{er} de la Charte de l'environnement de 2004 « *a nécessairement entendu ériger le droit à l'environnement en liberté fondamentale de valeur constitutionnelle* »¹⁵⁰¹. Tant la conception spécifique de la médiation normative retenue par le juge administratif, que les conséquences qu'elle emporte sur le statut contentieux de la norme non directement applicable, font la complexité et la

¹⁴⁹⁸ Comme en témoignent, par exemple, CE 22 janvier 1997, *Société hôtelière de l'Anse heureuse*, (n° 175215, inédit au Recueil Lebon) pour le contentieux indemnitaire, et CE 13 mars 2009, *Coppa*, (n° 319916, inédit au Recueil Lebon), pour le contentieux de la légalité.

¹⁴⁹⁹ CHAHID-NOURAÏ N., *La portée de la Charte pour le juge ordinaire*, A.J.D.A., 2005, p. 1175 à 1181, p. 1178.

¹⁵⁰⁰ Cf. *supra*, « L'emploi d'un critère théoriquement lié à la compétence du juge », p. 136.

¹⁵⁰¹ TA Châlons-en-Champagne, ord. réf., 29 avril 2005, *Conservatoire patrimoine Champagne Ardenne*, n° 0500828, A.J.D.A., p. 1357, note H. GROUD et S. PUGEAULT ; et, TA Marseille, 18 mai 2006, *Comité sauvegarde Clarency-Valensol*, n° 0603291. Cette solution est implicitement confirmée par CE, ord. réf., 11 mai 2007, *Association interdépartementale et intercommunale protection lac Sainte-Croix, son environnement, lacs, sites et villages du Verdon*, n° 305427 ; A.J.D.A., p. 2262, note K. FOUCHER ; Environnement, juin 2007, comm. n° 127, p. 28, note J.-M. FÉVRIER.

sophistication de cette solution. Face à un énoncé normatif dont le caractère suffisant du degré de précision est discutable, l'observateur doit se plier à un raisonnement comportant de nombreuses étapes, correspondant chacune, au minimum, à une dualité de possibilités. Cette jurisprudence a pourtant le mérite de s'inscrire dans la continuité des solutions employées pour les autres normes non directement applicables de valeur constitutionnelles, au premier rang desquelles figurent les alinéas du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946. De surcroît, elle est en harmonie avec la volonté du constituant, telle qu'exprimée dans les travaux préparatoires de la Charte¹⁵⁰². Le rapport d'information présenté par Nathalie KOSCIUSKO-MORIZET relatif à la Charte de l'environnement qualifie successivement l'énoncé de l'article premier¹⁵⁰³ de « *droit-créance* »¹⁵⁰⁴, puis d'« *objectif de valeur constitutionnelle* »¹⁵⁰⁵, avant de préciser que ce dernier s'impose au législateur et l'appelle à l'initiative, « *mais seule la loi consécutive pourra être critiquée devant le juge constitutionnel ou invoquée devant les juridictions ordinaires* »¹⁵⁰⁶. Il en va de même pour l'article 2, qualifié d'« *objectif assigné au législateur* », et énonçant un devoir qui « *a la portée d'un objectif de valeur constitutionnelle : il doit être mis en œuvre par la loi* »¹⁵⁰⁷, mais qui présente « *un risque contentieux illusoire* »¹⁵⁰⁸, notamment dans la mesure où il « *n'est pas directement invocable devant les juges ordinaires. Ce sont les lois et les règlements le mettant en œuvre, qui pourraient, comme aujourd'hui, donner prise à des actions*

¹⁵⁰² Comme le relèvent Claire LANDAIS et Frédéric LENICA, note sous CE 19 juin 2006, *Association eau et rivières de Bretagne* (première espèce) et CE 6 avril 2006, *Ligue pour la protection des oiseaux, Association Convention vie et nature pour une écologie radicale, Association France nature environnement, Ligue pour la préservation de la faune sauvage et la défense des non-chasseurs, et Association pour la protection des animaux sauvages* (deuxième espèce), précitée, p. 1585, et conformément aux observations formulées par le commissaire du Gouvernement Mattias GUYOMAR dans ses conclusions sur CE 19 juin 2006, *Association Eau et rivière de Bretagne*, B.J.C.L., 7/06, p. 475 à 478, p. 476-477.

¹⁵⁰³ Aux termes duquel « *Chacun a le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé* ».

¹⁵⁰⁴ KOSCIUSKO-MORIZET N., Rapport d'information n° 1595 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 (n° 992) relatif à la Charte de l'environnement, déposé à l'Assemblée nationale le 12 mai 2004, disponible sur le site internet de l'Assemblée nationale, <http://www.assemblee-nationale.fr/12/rapports/r1595.asp>, p. 72.

¹⁵⁰⁵ KOSCIUSKO-MORIZET N., *op. cit.*, p. 74.

¹⁵⁰⁶ KOSCIUSKO-MORIZET N., *op. cit.*, p. 75.

¹⁵⁰⁷ KOSCIUSKO-MORIZET N., *op. cit.*, p. 82.

¹⁵⁰⁸ KOSCIUSKO-MORIZET N., *op. cit.*, p. 83.

contentieuses »¹⁵⁰⁹. Quant à l'article 6, il « définit l'objectif de valeur constitutionnelle de développement durable »¹⁵¹⁰.

De plus, certains auteurs¹⁵¹¹ estiment que la jurisprudence du Conseil d'État se situe dans le prolongement de celle du Conseil constitutionnel, qui décide, à propos de l'article 6 de la Charte de l'environnement, qu'« il appartient au législateur de déterminer, dans le respect du principe de conciliation posé par ces dispositions, les modalités de sa mise en œuvre »¹⁵¹². Concluant sur l'affaire *Association Eau et rivière de Bretagne*, le commissaire de Gouvernement Mattias GUYOMAR considère, par ailleurs, que le Conseil constitutionnel « a reconnu que l'article 6 de la Charte relatif au développement durable constituait un objectif de valeur constitutionnelle »¹⁵¹³, alors même que les deux décisions existantes portant en partie sur cette disposition n'utilisent pas cette qualification à son sujet, lui préférant celle de « principe »¹⁵¹⁴. De surcroît, l'affirmation du Conseil constitutionnel selon laquelle le législateur est compétent pour mettre en œuvre les dispositions de l'article 6 de la Charte ne préjuge en rien les modalités d'invocabilité de cette disposition devant les juridictions ordinaires, que le Conseil n'a pas pour rôle ni pour compétence de déterminer.

En outre, la position traditionnelle du juge administratif concernant l'invocabilité de certaines dispositions du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 s'est forgée à une époque à laquelle la valeur constitutionnelle du

¹⁵⁰⁹ KOSCIUSKO-MORIZET N., *op. cit.*, p. 84.

¹⁵¹⁰ KOSCIUSKO-MORIZET N., *op. cit.*, p. 115.

¹⁵¹¹ En particulier Mattias GUYOMAR, conclusions sur CE 19 juin 2006, *Association Eau et rivière de Bretagne*, précitées, p. 477.

¹⁵¹² CC n° 2005-514 DC, 28 avril 2005, *Loi relative à la création du registre international français*, Rec. p. 78, considérant 37, p. 85.

¹⁵¹³ GUYOMAR M., *op. cit.*, p. 477.

¹⁵¹⁴ CC n° 2005-514 DC, 28 avril 2005, *Loi relative à la création du registre international français*, précitée ; et CC n° 2005-516 DC, 7 juillet 2005, *Loi de programme fixant les orientations de la politique énergétique*, Rec. p. 102.

Préambule n'était de loin pas aussi fermement acquise qu'aujourd'hui¹⁵¹⁵. Comme en témoigne notamment la récente affirmation relative à l'article 7 de la Charte de l'environnement par la Haute juridiction réunie en Assemblée plénière, la valeur constitutionnelle des dispositions du Préambule ne porte guère plus à controverse : « ces dernières dispositions, comme l'ensemble des droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement, et à l'instar de toutes celles qui procèdent du Préambule de la Constitution, ont valeur constitutionnelle ; qu'elles s'imposent aux pouvoirs publics et aux autorités administratives dans leurs domaines de compétence respectifs »¹⁵¹⁶. Cette affirmation de principe, enrichie des conclusions du commissaire du Gouvernement Yann AGUILA¹⁵¹⁷, doit être comparée à celle employée pour dénier l'invocabilité des dispositions constitutionnelles non directement applicables : ces dernières ne s'imposent « à l'autorité administrative, en l'absence de précision suffisante, que dans les conditions et les limites définies par les dispositions contenues dans les lois ou dans les conventions internationales incorporées au droit français »¹⁵¹⁸.

Si la valeur juridique théorique des dispositions qui « procèdent du Préambule de la Constitution » du 4 octobre 1958 est incontestablement reconnue, les conséquences pratiques et concrètes de cette affirmation solennelle demeurent réduites tant que le juge administratif affirme que les énoncés imprécis ne s'imposent pas au pouvoir réglementaire en l'absence de loi ou de stipulation internationale les

¹⁵¹⁵ Comme le relèvent Claire LANDAIS et Frédéric LENICA (note sous CE 19 juin 2006, *Association eau et rivières de Bretagne* (première espèce) et CE 6 avril 2006, *Ligue pour la protection des oiseaux, Association Convention vie et nature pour une écologie radicale, Association France nature environnement, Ligue pour la préservation de la faune sauvage et la défense des non-chasseurs, et Association pour la protection des animaux sauvages* (deuxième espèce), précitée, p. 1587) en reprenant la position exprimée par Marie-Anne COHENDET (*La charte et le Conseil constitutionnel : point de vue*, R.J.E., 2005, numéro spécial, p. 107 à 136), qui se fonde sur les exemples des arrêts CE 10 décembre 1962, *Société indochinoise des constructions électriques et mécaniques* (Rec. p. 676), et CE 29 novembre 1968, *Sieur Tallagrand* (Rec. p. 606).

¹⁵¹⁶ CE Ass. 3 octobre 2008, *Commune d'Annecy*, Rec. p. 322 ; A.J.D.A., p. 2166, chron. E. GEFFRAY et S.-J. LIÉBER ; Dr. environnement, n°162, p. 219, concl. ; D.A., novembre 2008, n° 152, p. 20, comm. F. MELLERAY ; R.D.I., p. 563, obs. P. SOLER-COUTEAUX ; R.F.D.A., p. 1147, concl., p. 1158, note L. JANICOT, p. 1240, chron. A. ROBLOT-TROIZIER et T. RAMBAUD ; J.C.P., A., 2279, note P. BILLET ; L.P.A., n° 241, 2 décembre 2008, p. 7, note J.-L. PISSALOUX ; R.D.P., 2009, p. 450, note E. CARPENTIER, p. 481, note V. THIBAUD ; D., 2009, p. 1852, obs. V. BERNAUD et L. GAY, p. 2448, obs. F.-G. TRÉBULLE ; J.C.P., G., 2009, II, 10028, note B. MATHIEU ; R.J.E., 2009, p. 87, concl., p. 108, note X. BRAUD, p. 435, note A. BOYER ; G.A.J.A., n° 118 ; Constitutions, 2010, p. 139 et p. 307, obs. Y. AGUILA.

¹⁵¹⁷ AGUILA Y., concl. sur CE Ass. 3 octobre 2008, *Commune d'Annecy*, R.F.D.A., 2008, p. 1147.

complétant. Plus encore, le constat de la conception théorique large de *l'interpositio legislatoris*, tant sur la temporalité que sur la nature de cette intervention, est immédiatement tempéré par la réalité contentieuse du rôle de « figurant » de la norme constitutionnelle dans le débat, quand sa norme de mise en œuvre en est « l'acteur principal ». Toutefois, la distinction opérée entre les normes issues du Préambule de la Constitution de 1958 en fonction de leur applicabilité directe ou leur absence d'applicabilité directe est amenée à disparaître. Le raisonnement se fonde sur deux indices importants : d'une part, la formulation du considérant de principe de la décision *Commune d'Annecy*, éclairée par les conclusions du commissaire du Gouvernement Yann AGUILA ; d'autre part, l'effet de la question prioritaire de constitutionnalité, qui peut exacerber les divergences de jurisprudence quant à l'invocabilité des normes de valeur constitutionnelle.

À cet égard, comme le soulignent notamment Claire LANDAIS et Frédéric LENICA¹⁵¹⁹, il est également possible de penser que l'effet juridique des normes non directement applicables de valeur constitutionnelle ne doit pas être paralysé par la carence des autorités normatives, ni neutralisé par l'attitude du juge¹⁵²⁰. Marie-Anne COHENDET estime que les renvois à des dispositions législatives opérés dans certains articles de la Charte de l'environnement « *ne signifient pas du tout que les droits ainsi proclamés ne pourront pas être appliqués, invoqués devant les tribunaux en l'absence d'une loi. Cela signifie à l'opposé que seul le législateur peut limiter des droits ainsi affirmés, donc que ces droits doivent être respectés par tous, dans toute leur étendue, en attendant une éventuelle délimitation par le législateur* »¹⁵²¹. L'adoption de cette conception, plus conforme aux exigences de la hiérarchie des normes, présenterait également l'avantage de limiter les incohérences de la position juridictionnelle actuelle. Ce constat se complète à la lecture de l'opinion

¹⁵¹⁸ CE 13 mars 2009, *Coppa*, n° 319916, inédit au Recueil Lebon.

¹⁵¹⁹ *op. cit.*, p. 1587.

¹⁵²⁰ En plus des situations décrites précédemment, Claire LANDAIS et Frédéric LENICA (*op. cit.*, p. 1587) évoquent également les hypothèses où un acte juridique pris dans le cadre du pouvoir réglementaire autonome ne pourrait être confronté à certaines dispositions de la Charte de l'environnement dans la mesure où aucune disposition législative ne pourrait valablement intervenir.

¹⁵²¹ *La charte et le Conseil constitutionnel : point de vue*, R.J.E., 2005, numéro spécial, p. 107 à 136, p. 127. Cité par C. LANDAIS et F. LENICA, *op. cit.*, p. 1587.

d'Élise CARPENTIER, qui n'est pas sans rappeler les célèbres conclusions de Ronny ABRAHAM sous l'affaire G.I.S.T.I.¹⁵²³ : « *si les préceptes constitutionnels sont parfois trop imprécis pour générer de véritables droits subjectifs et ainsi pour pouvoir être directement (c'est-à-dire sans la médiation d'un texte "de mise en œuvre") invoqués devant le juge ordinaire dans les contentieux portant sur des droits subjectifs, ils sont en revanche toujours porteurs d'une norme (si peu contraignante soit-elle parfois et en dehors de quelques "neutrons constitutionnels"), laquelle peut en tant que telle toujours être directement appliquée par le juge administratif dans les contentieux portant sur le droit objectif* »¹⁵²⁴.

Enfin, il reste à préciser que la jurisprudence administrative ne se situe pas en parfaite harmonie avec celle du Conseil constitutionnel qui, dans une décision rendue dans le cadre de la procédure de l'article 61-1 de la Constitution, indique la mesure dans laquelle certains articles de la Charte de l'environnement de 2004 sont invocables. Le Conseil constitutionnel explique, au sujet des articles 1^{er} et 2, que « *le respect des droits et devoirs énoncés en termes généraux par ces articles s'impose non seulement aux pouvoirs publics et aux autorités administratives dans leur domaine de compétence respectif mais également à l'ensemble des personnes ; qu'il résulte de ces dispositions que chacun est tenu à une obligation de vigilance à l'égard des atteintes à l'environnement qui pourraient résulter de son activité ; qu'il est loisible au législateur de définir les conditions dans lesquelles une action en responsabilité peut être engagée sur le fondement de la violation de cette obligation ; que, toutefois, il ne saurait, dans l'exercice de cette compétence, restreindre le droit d'agir en responsabilité dans des conditions qui en dénaturent la portée* »¹⁵²⁵. En revanche, l'appréciation est légèrement différente s'agissant des articles 3 et 4 : « *il incombe au législateur et, dans le cadre défini par la loi, aux autorités administratives de déterminer, dans le respect des principes ainsi énoncés, les modalités de la mise en œuvre de ces dispositions* »¹⁵²⁶.

¹⁵²³ ABRAHAM R., concl. sur CE Sect. 23 avril 1997, *Groupement d'information et de soutien des travailleurs immigrés (G.I.S.T.I.)*, R.F.D.A., 1997, p. 585.

¹⁵²⁴ CARPENTIER E., *Le principe constitutionnel de précaution, les antennes-relais et le juge administratif*, Constitutions, 2010, p. 611.

¹⁵²⁵ CC n° 2011-116 QPC, 8 avril 2011, *Michel Z. et autres*, J.O.R.F. du 9 avril 2011, p. 6361, considérant 5.

¹⁵²⁶ CC n° 2011-116 QPC, précitée, considérant 6. Cf. P. DE MONTALIVET, *Question prioritaire de constitutionnalité et droit administratif*, D.A., juin 2011, Chron., p. 15

Paragraphe II : L'existence d'une « législation-relais »

Parmi les intermédiaires normatifs influant sur l'invocabilité des normes non directement applicables, la « législation-relais » constitue un instrument d'invocation de normes non directement applicables, sans pour autant en constituer une mise en œuvre. Il est nécessaire de comprendre les hypothèses d'intervention du mécanisme de la « législation-relais » (A) avant d'en envisager le rôle d'instrument d'invocation des normes non directement applicables (B).

A – Les hypothèses d'intervention d'une « législation-relais »

L'hypothèse de l'intervention d'une « législation-relais » peut être illustrée par les exemples des dispositions consacrant l'invocabilité de la doctrine fiscale (1) et de la jurisprudence relative à l'invocabilité de l'alinéa 4 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 (2).

1. Le mécanisme de la « législation-relais » et l'invocabilité de la doctrine fiscale

Il est nécessaire de reconnaître, en premier lieu, que l'application contentieuse de la jurisprudence *Duvoignères*¹⁵²⁷ est, en elle-même, loin d'être exempte d'ambiguïté¹⁵²⁸ : « *il est difficile de comprendre, en effet, comment un acte peut être impératif sans être, dès lors qu'il est légal, opposable. Impérative, la circulaire s'impose ; légale, elle est*

¹⁵²⁷ CE Sect. 18 décembre 2002, *Mme Duvoignères*, précité : « *l'interprétation que par voie, notamment, de circulaires ou d'instructions l'autorité administrative donne des lois et règlements qu'elle a pour mission de mettre en œuvre n'est pas susceptible d'être déférée au juge de l'excès de pouvoir lorsque, étant dénuée de caractère impératif, elle ne saurait, quel qu'en soit le bien-fondé, faire grief ; qu'en revanche, les dispositions impératives à caractère général d'une circulaire ou d'une instruction doivent être regardées comme faisant grief, tout comme le refus de les abroger ; que le recours formé à leur encontre doit être accueilli si ces dispositions fixent, dans le silence des textes, une règle nouvelle entachée d'incompétence ou si, alors même qu'elles ont été compétemment prises, il est soutenu à bon droit qu'elles sont illégales pour d'autres motifs ; qu'il en va de même s'il est soutenu à bon droit que l'interprétation qu'elles prescrivent d'adopter, soit méconnaît le sens et la portée des dispositions législatives ou réglementaires qu'elle entendait expliciter, soit réitère une règle contraire à une norme juridique supérieure ».*

¹⁵²⁸ Par exemple, PETIT J., *Les circulaires impératives sont des actes faisant grief*, note sous CE Sect. 18 décembre 2002, *Mme Duvoignères*, R.F.D.A., 2003, p. 510 ; ILIOPOULOU A., *Quatre ans d'application de la jurisprudence Duvoignères*, R.F.D.A., 2007, p. 477 ; COMBEAU P., *Du nouveau en matière d'invocabilité de l'interprétation administrative – Le cas de la doctrine sociale dans la loi de simplification du droit*, J.C.P., G., 2005, I, ét., n° 153, p. 1331.

opposable et, dès lors qu'elle est opposable, on voit difficilement comment elle ne serait pas invocable »¹⁵²⁹. Cependant, le juge administratif refuse toujours l'invocabilité des circulaires dépourvues de caractère « impératif »¹⁵³⁰. À ces incertitudes s'ajoute la détermination prétorienne d'un « îlot de spécificité fiscale », suite à l'aménagement, par la Section du contentieux du Conseil d'État, d'un régime spécifique applicable aux réponses ministérielles interprétant la loi fiscale, aux termes de la jurisprudence *S.A.R.L. Friadent France*¹⁵³¹.

En déclarant que « *les réponses faites par les ministres aux questions écrites des parlementaires ne constituent pas des actes susceptibles de faire l'objet d'un recours contentieux ; que, toutefois, il en va autrement lorsque la réponse comporte une interprétation par l'administration de la loi fiscale pouvant lui être opposée par un contribuable sur le fondement des dispositions de l'article L. 80 A du livre des procédures fiscales* », la Haute juridiction lie la recevabilité du recours, non pas au caractère impératif de l'acte, mais à son opposabilité à l'administration, sur le fondement de l'article L. 80 A du Livre des procédures fiscales. Dans sa rédaction actuelle, cette disposition énonce : « *il ne sera procédé à aucun rehaussement d'impositions antérieures si la cause du rehaussement poursuivi par l'administration est un différend sur l'interprétation par le redevable de bonne foi du texte fiscal et s'il est démontré que l'interprétation sur laquelle est fondée la première décision a été, à l'époque, formellement admise par l'administration. Lorsque le redevable a appliqué un texte fiscal selon l'interprétation que l'administration avait fait connaître par ses instructions ou circulaires publiées et qu'elle n'avait pas rapportée à la date des opérations en cause, elle ne peut poursuivre aucun rehaussement en soutenant une interprétation différente. Sont également opposables à l'administration, dans les mêmes conditions, les instructions ou circulaires publiées relatives au recouvrement de l'impôt et aux pénalités fiscales* ». Les

¹⁵²⁹ PETIT J., *op. cit.*, p. 510 à 519, p. 518. Cité par Anastasia ILIOPOULOU, *op. cit.*, p. 485.

¹⁵³⁰ Pour un exemple relativement récent, CE 19 juillet 2010, *Cauvin et autres*, Rec., Tables, p. 933 et p. 1012 ; B.J.D.U., 1/11, janvier 2011, p. 27, concl. F. LENICA : « *en estimant que les appelants ne pouvaient pas utilement se prévaloir des dispositions de la circulaire ministérielle du 27 juin 1985 relative aux projets d'intérêt général, laquelle est dépourvue de caractère réglementaire, nonobstant les dispositions de l'article 1^{er} du décret du 28 novembre 1983, alors en vigueur, la cour administrative d'appel de Marseille, qui a suffisamment motivé son arrêt sur ce point, n'a pas commis d'erreur de droit* ».

principes régissant le fonctionnement des règles d'invocabilité de l'interprétation fiscale sont notamment décrits et expliqués dans une instruction fiscale du 9 septembre 2010¹⁵³².

Du statut particulier des interprétations administratives en matière fiscale consacré par la loi découle une spécificité de leur invocabilité. Cette démarche a l'avantage de permettre un contrôle plus soutenu de la légalité des réponses ministérielles interprétant la loi fiscale que dans l'hypothèse d'application du critère d'impérativité. Le juge est ainsi amené à vérifier la conformité de l'interprétation à la loi¹⁵³³, ce qui a pour effet d'éviter qu'une interprétation illégale soit opposable à l'administration par le jeu des dispositions de l'article L. 80 A du Livre des procédures fiscales, notamment dans le but de contourner les dispositions de la loi interprétée. Ce raisonnement qui participe à un souci d'efficacité de la loi fiscale, devrait être étendu à la matière sociale¹⁵³⁴ suite à l'introduction du mécanisme de l'opposabilité de la doctrine administrative par l'article L. 243-6-2 du Code de la sécurité sociale¹⁵³⁵ par l'ordonnance du 6 juin 2005¹⁵³⁶.

¹⁵³¹ CE Sect. 16 décembre 2005, *Société Friadent France*, Rec. p. 580 ; A.J.D.A., 2006, p. 721, note M. COLLET ; R.J.F., 3/06, p. 185, chron. Y. BÉNARD. Cette décision vient rompre avec la démarche unificatrice du régime de l'invocabilité des circulaires perçue dans l'arrêt CE 19 février 2003, *Société Auberge Ferme des Genêts*, Rec., Tables, p. 771, p. 896 et p. 897 ; J.C.P., A., 1607, note B. TABAKA.

¹⁵³² Instruction fiscale du 9 septembre 2010, B.O.I. (Bulletin officiel des impôts) n° 86 du 4 octobre 2010, 13-L-10-10.

¹⁵³³ Les réponses ministérielles interprétant la loi fiscale ne doivent méconnaître « *ni le sens ni la portée des dispositions législatives et réglementaires* » qu'elles entendent expliciter.

¹⁵³⁴ Comme le soulignent notamment Anastasia ILIOPOULOU, *op. cit.*, p. 488, et Pascal COMBEAU, *Doctrines fiscale, doctrine sociale... et après ?*, A.J.D.A., 2005, p. 1809, démontrant un « *alignement du régime de la doctrine sociale sur celui de la doctrine fiscale* ».

¹⁵³⁵ « *Lorsqu'un cotisant a appliqué la législation relative aux cotisations et contributions sociales selon l'interprétation admise par une circulaire ou une instruction du ministre chargé de la sécurité sociale, publiées conformément à la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal ou dans les conditions prévues à l'article 5-1 de l'ordonnance n° 2004-164 du 20 février 2004 relative aux modalités et effets de la publication des lois et de certains actes administratifs, les organismes mentionnés aux articles L. 213-1, L. 225-1 et L. 752-4 ne peuvent procéder à aucun redressement de cotisations et contributions sociales, pour la période pendant laquelle le cotisant a appliqué l'interprétation alors en vigueur, en soutenant une interprétation différente de celle admise par l'administration* ».

¹⁵³⁶ Ordonnance n° 2005-651 du 6 juin 2005, relative à la garantie des droits des cotisants dans leurs relations avec les organismes de recouvrement des cotisations et contributions sociales, article 1^{er}-I. Ces dispositions sont applicables à partir du 1^{er} octobre 2005, en vertu de l'article 3 du décret n° 1264 du 7 octobre 2005.

2. Le mécanisme de la « législation-relais » au travers de l'exemple de la jurisprudence administrative relative à l'alinéa 4 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946

Le mécanisme de la « législation-relais » peut être illustré de manière particulièrement emblématique par l'évolution de la jurisprudence administrative relative à l'alinéa 4 du Préambule de la Constitution de 1946. Dans le cadre d'une décision remarquable, la Haute juridiction dégage sa formule de principe selon laquelle « le principe posé par les dispositions du préambule de la constitution du 27 octobre 1946, auquel se réfère la constitution du 4 octobre 1958, aux termes desquelles "tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a droit d'asile sur les territoires de la République" ne s'impose au pouvoir réglementaire, en l'absence de précision suffisante, que dans les conditions et limites définies par les dispositions contenues dans les lois ou dans les conventions internationales incorporées au droit français ; que, par suite, les associations requérantes ne sauraient utilement, pour critiquer la légalité de l'article 9 du décret attaqué, invoquer ce principe indépendamment desdites dispositions »¹⁵³⁷. L'objet de l'affaire *Association France Terre d'Asile*, est de déterminer la légalité de certaines dispositions du décret n°82-442 du 27 mai 1982, pris pour l'application de l'article 5 de l'ordonnance du 2 novembre 1945, relative aux conditions d'entrée et de séjour en France des étrangers. L'article 9 de ce décret prévoit une liste de cas dans lesquels certains étrangers sont dispensés de présenter les documents prévus par les articles 2 à 6 afin d'être admis sur le territoire français pour un séjour d'une durée inférieure à trois mois. Le moyen invoqué, fondé sur l'alinéa 4 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, s'avère utile en l'espèce dans la mesure où le doute subsiste sur la possibilité pour un étranger demandant la qualité de réfugié d'être autorisé à demeurer sur le territoire français jusqu'à ce qu'il ait été statué sur cette demande. Certes, l'énoncé ne contient pas, en lui-même, une affirmation manifestement contraire aux exceptions prévues par l'article 9 du décret, qui ne fait aucune mention de la qualité de réfugié.

¹⁵³⁷ CE 27 septembre 1985, *Association France Terre d'Asile*, Rec. p. 263.

Aussi, le juge administratif n'admettrait-il, en toute logique, l'invocabilité d'un tel moyen que lorsque celui-ci est fondé sur la combinaison de l'alinéa 4 du Préambule de 1946, et de dispositions législatives ou de stipulations conventionnelles. Or, six ans après l'affaire *Association France Terre d'Asile*, le Conseil d'État décide que l'article 31-2 de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés et les dispositions de la loi du 25 juillet 1952 portant création de l'office français de protection des réfugiés et apatrides « impliquent nécessairement que l'étranger qui sollicite la reconnaissance de la qualité de réfugié soit en principe autorisé à demeurer provisoirement sur le territoire jusqu'à ce qu'il ait été statué sur sa demande ; qu'en l'absence de dispositions législatives et réglementaires déterminant les modalités d'application de ce principe, il appartient à l'autorité administrative de prendre les mesures nécessaires à sa mise en œuvre ; que dans l'exercice de ce pouvoir cette autorité doit également tenir compte des autres intérêts généraux dont elle a la charge en vue d'éviter un usage abusif des droits ainsi reconnus aux personnes qui demandent le bénéfice de la Convention de Genève »¹⁵³⁸.

Ce n'est qu'en 1996¹⁵³⁹, que la décision *Traoré*¹⁵⁴⁰ offre un cadre potentiellement favorable à un revirement de jurisprudence : « considérant, il est vrai, que le requérant soulève un moyen visant à établir l'incompétence de la commission et tiré de ce que, devant celle-ci, il a invoqué, non seulement la Convention de Genève relative au statut des réfugiés, mais aussi le quatrième alinéa du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, aux termes duquel "tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a droit d'asile sur les territoires de la République" ; que le requérant invoque à cet effet le caractère constitutionnel du principe du respect du droit d'asile, qui résulte tant de la décision du Conseil constitutionnel du 13 août 1993 que de l'article 53-1 de la Constitution du 4 octobre 1958, issu de la loi constitutionnelle du 25 novembre 1993 ». La Haute juridiction admet ainsi l'existence d'un droit au séjour provisoire, découlant de règles

¹⁵³⁸ CE Ass. 13 décembre 1991, *N'kodia*, Rec. p. 439, et CE Ass. 13 décembre 1991, *Préfet de l'Hérault c. Dakoury*, Rec. p. 441 ; R.F.D.A., 1992, p. 90, concl. R. ABRAHAM ; A.J.D.A., 1992, p. 114, chron. C. MAUGÜÉ et R. SCHWARTZ ; D., 1992, Jurispr., p. 447, note F. JULIEN-LAFERRIÈRE ; Rev. crit. dr. int. privé, 1992, p. 455, note F. CRÉPEAU ; J.C.P., G., IV, 1051, obs. M. C. ROUAULT.

¹⁵³⁹ La jurisprudence *N'kodia et Dakoury* est maintenue dans un premier temps : voir CE Sect. 7 octobre 1994, *Ministre de l'intérieur c. Melle Ponnudurai*, Rec. p. 437, R.F.D.A., p. 1241 ; A.J.D.A., 1995, p. 49, concl. R. ABRAHAM.

¹⁵⁴⁰ CE 3 avril 1996, *Traoré*, Rec. p. 113 ; J.C.P., G., IV, 1752, obs. M.-C. ROUAULT ; D., 1997, Somm., p. 42, obs. F. JULIEN-LAFERRIÈRE.

internationales et internes extérieures à l'alinéa 4 de Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, qui ne peuvent donc pas être considérées comme des mises en œuvre.

B – La « législation-relais » comme instrument d'invocation indirecte des normes non directement applicables

Les exemples précédents offrent la possibilité de définir la « législation-relais » comme un texte ou un ensemble de textes qui, sans avoir la fonction de norme de mise en œuvre ou d'application, permettent l'invocabilité d'une norme non directement applicable. La « législation-relais » agit uniquement sur l'invocabilité, et non sur l'applicabilité, comme l'illustre l'exemple des dispositions relatives à l'invocabilité de la doctrine fiscale ; l'article L. 80 A du Livre des procédures fiscales . En revanche, la nature de la « législation-relais », instrument d'invocation des normes non directement applicables qui diffère de l'*interpositio legislatoris*, est plus difficile à saisir dans l'hypothèse de l'alinéa 4 du Préambule de la Constitution de 1946 (1). Il est ainsi nécessaire de s'interroger sur la place dans le débat contentieux de la norme non directement applicable en cas d'existence d'une telle « législation-relais » (2).

1. La « législation-relais » et la norme de mise en œuvre

En apparence, à la lecture successive des décisions *Association France Terre d'Asile*¹⁵⁴¹, *N'kodia et Dakoury*¹⁵⁴², puis *Traoré*¹⁵⁴³, la démarche du Conseil d'État semble s'inscrire dans la droite ligne de sa jurisprudence relative au régime contentieux de l'*interpositio legislatoris*¹⁵⁴⁴. Cependant, il est indispensable d'analyser le contexte juridique dans le cadre duquel ces arrêts sont intervenus afin de saisir la différence entre la législation-relais et l'*interpositio legislatoris*. La loi du 25 juillet 1952 institue

¹⁵⁴¹ CE 27 septembre 1985, *Association France Terre d'Asile*, précité.

¹⁵⁴² CE Ass. 13 décembre 1991, *N'kodia*, Rec. p. 439, et CE Ass. 13 décembre 1991, *Préfet de l'Hérault c. Dakoury*, précités.

¹⁵⁴³ CE 3 avril 1996, *Traoré*, précité.

une procédure permettant à un étranger ou un apatride de se voir reconnaître la qualité de réfugié, lorsqu'il remplit les conditions posées par la Convention de Genève du 28 juillet 1951. Cette dernière – telle que modifiée par le protocole de New York du 31 janvier 1967 – définit en son article 1^{er}, A, 2 le « réfugié » comme toute personne qui, « *craignant avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et qui ne peut, ou du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays ; ou qui, si elle n'a pas de nationalité et se trouve hors du pays dans lequel elle avait sa résidence habituelle à la suite de tels événements, ne peut, ou en raison de ladite crainte, ne veut y retourner* ».

L'alinéa 4 du Préambule de la Constitution de 1946 prévoit que la condition pour bénéficier du droit d'asile (et non de la qualité de réfugié) est d'être « *persécuté en raison de son action en faveur de la liberté* ». Cet asile constitutionnel (par opposition à « l'asile conventionnel » issu de la Convention de Genève) repose clairement sur un engagement, un militantisme politique, social, culturel, intellectuel, artistique ou journalistique. Pour bénéficier du droit d'asile constitutionnellement garanti, le demandeur doit avoir effectivement subi des persécutions et non simplement les craindre, contrairement à l'asile conventionnel. Le lien entre le statut de réfugié et le droit d'asile est en réalité établi par la Convention de Schengen du 19 juin 1990 dont l'article 1^{er} définit « *la demande d'asile* » comme celle formée en vue d'obtenir la qualité de réfugié au sens de la Convention de Genève et de bénéficier en cette qualité d'un droit de séjour. Dans son article 29, au quatrième paragraphe, la Convention de Schengen réserve le droit pour chaque partie contractante « *pour des raisons tenant notamment au droit national* » d'assurer le traitement d'une demande d'asile même si la responsabilité en incombe à une autre partie. Elle renvoie ainsi au droit interne le soin de définir le droit d'asile.

Une lecture attentive de la décision *Traoré* aboutit au constat selon lequel le Conseil d'État se cantonne en réalité à l'application des dispositions de l'ordonnance

¹⁵⁴⁴ Cf. *supra*, Titre Second, Chapitre Premier, Section II, Paragraphe I « L'existence d'une *interpositio legislatoris* », p. 470.

du 2 novembre 1945 (abrogée par l'ordonnance du 24 novembre 2004¹⁵⁴⁵) et de la loi du 25 juillet 1952, renvoyant à la Convention de Genève de 1951. Le régime juridique des demandeurs du bénéfice de l'asile constitutionnel et celui des demandeurs du statut de réfugiés tel que défini par la Convention de Genève sont confondus par le législateur comme par le juge administratif¹⁵⁴⁶. Toutefois, l'interprétation consistant à assimiler la démarche du Conseil d'État à celle développée dans le cadre de sa jurisprudence relative au régime contentieux de l'*interpositio legislatoris*¹⁵⁴⁷ ne peut emporter la conviction dans la mesure où les mesures appliquées ne sont pas la législation pertinente en réalité. Les dispositions appliquées ne posent pas de conditions et de limites au contenu matériel des dispositions constitutionnelles ; en d'autres termes, elles ne peuvent jouer le rôle de normes de concrétisation, voire de mise en œuvre au sens retenu par le juge. Dans la mesure où la reconnaissance de la qualité de réfugié entraîne l'asile, selon les termes mêmes de la Convention de Schengen, les demandeurs se réclament de la Convention de Genève qui est d'application plus large que l'alinéa 4 du Préambule de 1946.

Partant, la Convention de Genève et la loi du 25 juillet 1952 qui y renvoie n'entrent pas dans le champ d'application de l'alinéa 4 du Préambule de 1946, et ne peuvent en aucun cas être considérées comme posant des limites à ses dispositions. La « législation-relais » n'est pas l'expression d'un pouvoir normatif d'application ou de mise en œuvre d'une norme : le statut de l'applicabilité de la norme reste inchangé, seule son invocabilité devient possible, du moins sous certaines conditions. Les énoncés de l'ordonnance du 2 novembre 1945, de la loi du 25 juillet 1952 et des stipulations de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 n'ont ni pour objet, ni pour effet, de définir des conditions et limites dans lesquelles le principe posé par

¹⁵⁴⁵ Ordonnance n° 2004-1248 du 24 novembre 2004 relative à la partie législative du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, J.O.R.F. n° 274 du 25 novembre 2004, p. 19924, texte n° 12.

¹⁵⁴⁶ Sur ce point, cf. notamment DODET-CAUPHY I., *La difficile reconnaissance du droit d'asile constitutionnel – Commentaire de la loi du 11 mai 1998 relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile*, R.F.D.A., 1999, p. 469 ; LABAYLE H., *Le droit d'asile en France, normalisation ou neutralisation ?*, R.F.D.A., 1997, p. 242 ; LECUCQ O., *Existe-t-il un droit fondamental au séjour des étrangers ?*, in *Renouveau du droit constitutionnel*, Mélanges Louis FAVOREU, Paris, Dalloz, 2004, p. 1637 ; LUCHAIRE F., *Droit d'asile et révision de la Constitution*, R.D.P., 1994, p. 5.

¹⁵⁴⁷ Cf. *supra*, « Le statut contentieux de la norme non directement applicable et l'existence d'une norme de mise en œuvre », p. 441 et suivantes.

l'alinéa 4 du Préambule de la Constitution de 1946 s'imposerait à l'administration (pour reprendre la formule de la jurisprudence *Association France Terre d'Asile*)¹⁵⁴⁸.

2. Le statut contentieux de la norme non directement applicable en cas d'existence d'une « législation-relais »

La détermination du statut contentieux de l'alinéa 4 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 nécessite de développer le contexte juridique des décisions du juge administratif évoquées précédemment. Comme le constate François JULIEN-LAFERRIÈRE¹⁵⁴⁹, il résulte des dispositions de l'article 31 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 et de l'article 2 de la loi du 25 juillet 1952, que la qualité de réfugié, telle qu'employée par l'Office français de protection des réfugiés et apatrides (O.F.P.R.A.) et la Commission des recours des réfugiés (désormais Cour nationale du droit d'asile), doit correspondre à la définition stipulée à l'article 1^{er} de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 : ces organismes « sont compétents pour reconnaître la qualité de réfugié "au sens de l'art. 1^{er} de la Convention de Genève [...] à un étranger qui l'invoque" (ord. 2 nov. 1945) ou "à toute personne [...] qui répond aux définitions de l'art. 1^{er} de la Convention de Genève" »¹⁵⁵⁰. Partant, les organes statuant sur l'attribution de la qualité de réfugié doivent exercer leur mission en fonction de cette acception de la notion de réfugié, et se pose le problème du cas où le requérant se fonde sur une autre disposition pour en demander le bénéfice. En toute logique, une application pure et simple des textes aboutirait à une alternative à deux branches : soit un rejet de la demande comme mal fondée, soit une déclaration d'incompétence justifiée par le fait que la mission de ces organismes est limitée à l'application de la Convention de Genève¹⁵⁵¹. Or, la Cour nationale du droit d'asile (C.N.D.A.) – qui a remplacé la Commission des recours des réfugiés (C.R.R.) en vertu de l'article 29 de

¹⁵⁴⁸ Comme le relève Isabelle DODET-CAUPHY, (citant Franck MODERNE, *Les aspects constitutionnels du droit d'asile*, in Colloque pour le quarantième anniversaire de l'O.F.P.R.A., Paris, 1992, p. 100), « il existe un certain "vide législatif" quant à la mise en œuvre de garanties constitutionnelles du droit d'asile fondées sur le quatrième alinéa du Préambule de 1946 », *La difficile reconnaissance du droit d'asile constitutionnel – Commentaire de la loi du 11 mai 1998 relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile*, R.F.D.A., 1999, p. 469 à 484, p. 473.

¹⁵⁴⁹ Note sous CE 3 avril 1996, *Traoré*, précitée.

¹⁵⁵⁰ JULIEN-LAFERRIÈRE F., note sous CE 3 avril 1996, *Traoré*, précitée.

la loi du 20 novembre 2007 relative à la maîtrise de l'immigration¹⁵⁵²— comme le Conseil d'État retiennent une option médiane dans leurs décisions, en rejetant la demande du requérant pour un autre motif : « *la commission n'a commis aucune erreur de droit en regardant l'action alléguée par le requérant en faveur de la liberté comme l'une des formes de l'action politique à raison de laquelle il soutenait avoir subi et craindre pour l'avenir des persécutions ; que c'est par une appréciation souveraine qu'elle a tenu pour non établis les faits constitutifs, selon le requérant, de cette action* ». Il résulte des spécificités de l'espèce que l'arrêt rendu par le Conseil d'État ne permet pas de conclure au revirement de jurisprudence, et s'avère inspiré par une volonté conciliatrice eu égard aux incertitudes sur les règles applicables, le régime juridique des demandeurs du bénéfice de l'asile constitutionnel et celui des demandeurs du statut de réfugiés tel que défini par la Convention de Genève se recoupant en l'espèce. Comme le rappelle la Haute juridiction, en tant que juge du principal¹⁵⁵³ et en tant que juge du référé-liberté¹⁵⁵⁴, le droit de solliciter l'asile et le droit de demander la reconnaissance de la qualité de réfugié sont indissociés.

Il est nécessaire de remarquer, à l'instar de François LUCHAIRE se fondant notamment sur les arrêts *Association France Terre d'Asile*¹⁵⁵⁵, *N'kodia et Dakoury*¹⁵⁵⁶, que l'alinéa 4 du Préambule de la Constitution de 1946 « *n'apparaît pas dans les décisions des juridictions administratives ; celles-ci ont dû seulement appliquer la Convention de Genève, et la loi du 25 juillet 1952* »¹⁵⁵⁷. La controverse naît surtout de la jurisprudence

¹⁵⁵¹ Comme le précise François JULIEN-LAFERRIÈRE, note sous CE 3 avril 1996, *Traoré*, précitée.

¹⁵⁵² Loi n° 2007-1631 du 20 novembre 2007 relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile, J.O.R.F. n° 270 du 21 novembre 2007, p. 18993, texte n° 1.

¹⁵⁵³ CE Ass. 13 décembre 1991, *N'kodia*, et CE Ass. 13 décembre 1991, *Préfet de l'Hérault c. Dakoury*, précitées.

¹⁵⁵⁴ CE, ord. réf., 12 janvier 2001, *Mme Hyacinthe*, n° 229039, Rec. p. 12 ; A.J.D.A., p. 589, note J. MORRI et S. SLAMA : « *la notion de "liberté fondamentale" au sens où l'a entendue le législateur lors de l'adoption de la loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives, englobe, s'agissant des ressortissants étrangers qui sont soumis à des mesures spécifiques réglementant leur entrée et leur séjour en France, et qui ne bénéficient donc pas, à la différence des nationaux, de la liberté d'entrée sur le territoire, le droit constitutionnel d'asile qui a pour corollaire le droit de solliciter le statut de réfugié, dont l'obtention est déterminante pour l'exercice par les personnes concernées des libertés reconnues de façon générale aux ressortissants étrangers* ».

¹⁵⁵⁵ CE 27 septembre 1985, *Association France Terre d'Asile*, précité.

¹⁵⁵⁶ CE Ass. 13 décembre 1991, *N'kodia*, Rec. p. 439, et CE Ass. 13 décembre 1991, *Préfet de l'Hérault c. Dakoury*, précités.

¹⁵⁵⁷ LUCHAIRE F., *Droit d'asile et révision de la Constitution*, R.D.P., 1994, p. 5 à 40, p. 9.

du Conseil constitutionnel qui admet, dans un premier temps, l'invocabilité du droit d'asile « *tel qu'il est proclamé par le Préambule* »¹⁵⁵⁸ de la Constitution de 1946, et considère que le principe ainsi posé « *est mis en œuvre par la loi et les Conventions internationales, introduites en droit interne avec l'autorité prévue à l'article 55 de la Constitution* »¹⁵⁵⁹. Dans un second temps, par une décision du 13 août 1993, le Conseil constitutionnel souligne que « *les étrangers peuvent se prévaloir d'un droit qui est propre à certains d'entre eux, reconnu par le quatrième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 auquel le peuple français a proclamé solennellement son attachement, selon lequel tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a droit d'asile sur les territoires de la République* »¹⁵⁶⁰. Plus encore, il dissocie le droit d'asile de la loi du 25 juillet 1952 et de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 en affirmant : « *si certaines garanties attachées à ce droit ont été prévues par des conventions internationales introduites en droit interne, il incombe au législateur d'assurer en toutes circonstances l'ensemble des garanties légales que comporte cette exigence constitutionnelle ; que s'agissant d'un droit fondamental dont la reconnaissance détermine l'exercice par les personnes concernées des libertés et droits reconnus de façon générale aux étrangers résidant sur le territoire par la Constitution, la loi ne peut en réglementer les conditions qu'en vue de le rendre plus effectif ou de le concilier avec d'autres règles ou principes de valeur constitutionnelle* ».

Enfin, il est utile de préciser que l'ordonnance du 2 novembre 1945 et la loi du 25 juillet 1952 ne sont désormais plus en vigueur depuis l'édition de

¹⁵⁵⁸ CC n° 80-116 DC, 17 juillet 1980, *Loi autorisant la ratification de la convention franco-allemande additionnelle à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avril 1959*, Rec. p. 36.

¹⁵⁵⁹ CC n° 86-216 DC, 3 septembre 1986, *Loi relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*, Rec. p. 135.

¹⁵⁶⁰ CC n° 93-325 DC, 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, Rec. p. 224, considérant 4, p. 227 ; G.D.C.C. n° 23. Voir également CC n° 91-294 DC, 25 juillet 1991, *Loi autorisant l'approbation de la convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes*, Rec. p. 91 ; A.J.D.A., p. 675, étude B. NÉEL, p. 659 ; D., p. 617, note L. HAMON ; R.D.P., p. 1499, note F. LUCHAIRE ; R.F.D.C., p. 703, note P. GAÏA ; et, CC n° 92-307 DC, 25 février 1992, *Loi portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*, Rec. p. 48 ; J.C.P., G., 21848, note NGUYEN VAN TUONG ; R.F.D.A., p. 185, note B. GENEVOIS ; R.F.D.C., p. 311, note P. GAÏA.

l'ordonnance du 24 novembre 2004¹⁵⁶¹ ratifiée par la loi du 24 juillet 2006¹⁵⁶². Ces textes sont à l'origine du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile¹⁵⁶³. De surcroît, certaines décisions récentes conduisent désormais à considérer les dispositions de l'alinéa 4 du Préambule comme directement applicables, et donc directement invocables, en ce qu'elles fondent un droit subjectif dont les individus peuvent se prévaloir. Le Conseil d'État, juge du référé-liberté, qualifie le droit constitutionnel d'asile issu de l'alinéa 4 du Préambule de la Constitution de 1946 de liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative : le droit de solliciter le statut de réfugié est considéré comme un corollaire du droit

¹⁵⁶¹ Ordonnance n° 2004-1248 du 24 novembre 2004 relative à la partie législative du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, J.O.R.F. n° 274 du 25 novembre 2004, p. 19924, texte n° 12.

¹⁵⁶² Loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration, J.O.R.F. n° 170 du 25 juillet 2006, p. 11047, texte n° 1.

¹⁵⁶³ L'article L. 711-1 indique que « *la qualité de réfugié est reconnue à toute personne persécutée en raison de son action en faveur de la liberté ainsi qu'à toute personne sur laquelle le haut-commissariat des Nations unies pour les réfugiés exerce son mandat aux termes des articles 6 et 7 de son statut tel qu'adopté par l'Assemblée générale des Nations unies le 14 décembre 1950 ou qui répond aux définitions de l'article 1er de la convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés. Ces personnes sont régies par les dispositions applicables aux réfugiés en vertu de la convention de Genève susmentionnée* ».

d'asile¹⁵⁶⁴. Plus encore, le juge du référé-liberté se fonde sur le droit constitutionnel d'asile pour en qualifier plusieurs droits en découlant de liberté fondamentale¹⁵⁶⁵.

En conclusion, l'invocabilité des normes non directement applicables dépend fortement de facteurs normatifs, et peut varier en fonction de l'existence d'une norme de mise en œuvre ou d'une « législation-relais ». Bien qu'important, cet élément ne constitue pas la cause unique des variations du potentiel d'invocabilité des normes non directement applicables, fortement tributaire de facteurs liés au contexte contentieux dans lequel l'action s'insère.

Section II : Un potentiel d'invocabilité conditionné par des facteurs contentieux

L'étude des éléments précédents a permis d'isoler les facteurs normatifs influant sur le potentiel d'invocabilité des normes non directement applicables, mais a également révélé la présence de facteurs importants tenant aux particularismes du

¹⁵⁶⁴ Par exemple CE, ord. réf., 12 janvier 2001, *Mme Hyacinthe*, n° 229039, précité. Dans le même cadre procédural, la Haute juridiction examine la régularité d'une circulaire par rapport « au respect du droit constitutionnel d'asile, tel que mentionné en particulier au paragraphe 4 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 » ; CE, ord. réf., 7 février 2007, *Ligue des droits de l'homme et autres*, n° 292607, Rec. p. 47 ; A.J.D.A., p. 814, note O. LECUCQ.

¹⁵⁶⁵ CE, ord. réf., 16 décembre 2005, *M. A. et Association Forum Réfugiés*, n° 287905, inédit au Recueil Lebon : « le droit constitutionnel d'asile, qui a le caractère d'une liberté fondamentale, a pour corollaire le droit de solliciter le statut de réfugié ; que si ce droit implique que l'étranger qui sollicite la reconnaissance de la qualité de réfugié soit en principe autorisé à demeurer sur le territoire jusqu'à ce qu'il ait été statué sur sa demande, il appartient à l'étranger intéressé de formuler celle-ci dans les conditions prévues par la législation et la réglementation en vigueur ». Cette formule est régulièrement reprise depuis, pour un exemple récent, voir CE, ord. réf., 15 avril 2011, *Mme Ziane*, n° 348338, à paraître au Recueil Lebon. CE, ord. réf., 23 mars 2009, *Ministre de l'immigration, de l'intégration, de l'identité nationale et du développement solidaire c. M. Gaghiév et Mme Gaghieva*, n° 325884, Rec., Tables, p. 789 ; A.J.D.A., p. 679, note Z. AÏT-EL-KADI : « le droit constitutionnel d'asile qui a pour corollaire le droit de solliciter le statut de réfugié, dont l'obtention est déterminante pour l'exercice par les personnes concernées des libertés reconnues de façon générale aux ressortissants étrangers ; que la privation du bénéfice des mesures prévues par la loi afin de garantir aux demandeurs d'asile des conditions matérielles d'accueil décentes jusqu'à ce qu'il ait été statué définitivement sur leur demande est susceptible de constituer une atteinte grave et manifestement illégale à cette liberté ». CE, ord. réf., 19 novembre 2010, *Ministre de l'intérieur c. Panokheel*, n° 344286, Rec. p. 446 ; A.J.D.A., p. 2285 ; D., p. 2918, point de vue S. SLAMA et C. POULY ; A.J.D.I., 2011, p. 421, chron. F. ZITOUNI : « une privation du bénéfice des droits auxquels les demandeurs d'asile peuvent prétendre peut conduire le juge des référés à faire usage des pouvoirs qu'il tient de l'article L. 521-2 précité du code de justice administrative ». Cette dernière formule est reprise par CE, ord. réf., 22 novembre 2010, *Ministre de l'intérieur c. Sonko*, n° 344373, Rec., Tables, p. 641 et p. 902 ; A.J.D.A., p. 2285.

contentieux dans le cadre duquel la norme non directement applicable est amenée à être invoquée. En effet, toute action contentieuse s'inscrit dans un cadre juridique précis et complexe, définissant ce que le justiciable est en mesure d'attendre, la nature et l'importance des moyens à disposition du juge pour trancher le litige. À la variété des actions possibles correspond un large éventail de compétences juridictionnelles. Ces contraintes procédurales sont un facteur déterminant de l'invocabilité de toute norme juridique et permettent d'expliquer les solutions adoptées en matière de norme non directement applicables.

Le premier élément de cette nécessaire analyse part du constat de l'influence du contexte contentieux sur la technique de l'invocabilité. En fonction de l'objet du contentieux ou du droit qui s'y applique, le potentiel d'invocabilité peut varier de manière importante, en ce que l'invocabilité peut être associée ou dissociée de l'effet direct de la norme (Paragraphe I). Le second élément fondamental est relatif à « l'invocateur » de la norme, dont la qualité et la fonction sont d'une importance capitale dans la détermination de l'ampleur du mécanisme de l'invocabilité (Paragraphe II).

Paragraphe I : Les incohérences dans l'application contentieuse des normes non directement applicables d'origine internationale : les liens entre effet direct, invocabilité et office du juge

L'invocabilité d'une règle de droit dans le cadre d'une procédure juridictionnelle dépend *a priori* de sa capacité à satisfaire le critère objectif d'applicabilité. De l'emploi de ce critère est tirée la croyance selon laquelle une norme complète est nécessairement invocable, et une norme incomplète ne l'est nécessairement pas. Pour les normes d'origine internationale, l'utilisation du critère objectif se complète par le jeu du critère subjectif. L'effet direct concerne « *l'aptitude d'une règle à conférer par elle-même, aux particuliers, sans requérir aucune mesure interne d'exécution, des droits dont ils puissent se prévaloir devant les autorités juridictionnelles de*

l'État où cette règle est applicable »¹⁵⁶⁶. Il est important, à ce stade, de préciser que le juge administratif n'emploie pas la notion d'effet direct dans ses arrêts relatifs à l'inopérance des moyens fondés sur une norme non directement applicable d'origine interne, préférant préciser que le principe contenu dans celle-ci « *ne s'impose à l'autorité administrative, en l'absence de précision suffisante, que dans les conditions et les limites définies par les dispositions contenues dans les lois ou dans les conventions internationales incorporées au droit français* ». Par suite, le requérant ne saurait utilement, pour critiquer la légalité d'un acte administratif, « *invoquer ce principe indépendamment desdites dispositions* »¹⁵⁶⁷. L'analyse des liens entre l'effet direct et l'invocabilité n'est pertinente que pour les normes d'origine internationale.

De l'emploi du critère de l'effet direct dont la substance reste floue, est tirée la croyance selon laquelle une norme produisant un effet direct est invocable et une norme dépourvue de ce caractère ne l'est pas. Cette dichotomie manichéenne ne correspond pas à la complexité de la réalité juridique¹⁵⁶⁸ qui comprend des hypothèses dans lesquelles l'effet direct de la norme est indépendant de son invocabilité (B), et des hypothèses inverses (A).

A – Les cas d'association entre effet direct et invocabilité

L'étude de la jurisprudence du juge administratif relative à l'invocabilité des stipulations conventionnelles, conditionnées par leur effet direct, révèle un certain nombre d'évolutions notables qui se stabilisent par l'intervention de l'arrêt *G.I.S.T.I.* de 1997¹⁵⁶⁹. Les solutions antérieures révèlent pourtant que l'invocabilité des

¹⁵⁶⁶ VERHOEVEN J., *La notion d'« applicabilité directe » du droit international*, R.B.D.I., 1980, p. 243 à 264, p. 243.

¹⁵⁶⁷ Par exemple, au sujet de l'alinéa 10 du Préambule de la Constitution de 1946, CE 28 décembre 2005, *Mme Massouda*, n° 275453, inédit au Recueil Lebon.

¹⁵⁶⁸ Ce constat, doublé d'un appel à la reconstruction de la notion, se retrouve en de nombreuses occurrences, tant dans la doctrine, que dans les conclusions des Rapporteurs publics. Voir par exemple, AGUILA Y., concl. sur CE 6 juin 2007, *Commune de Groslay et autres*, A.J.D.A., p. 1527 à 1533, p. 1532-1533 ; AGUILA Y., concl. sur CE Ass. 3 octobre 2008, *Commune d'Annecy*, R.F.D.A., p. 1147 à 1157, spé. p. 1151.

¹⁵⁶⁹ CE Sect. 23 avril 1997, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (G.I.S.T.I.)*, Rec. p. 142, concl. R. ABRAHAM ; R.F.D.A., p. 585, concl. ; D. 1998, Jur., p. 15 ; A.J.D.A., p. 435, chron D. CHAUAUX et T.-X. GIRARDOT ; R.G.D.I.P., 1998, p. 203, ét. D. ALLAND.

stipulations conventionnelles a pu être admise au nom du principe de légalité, en dépit de l'absence d'effet direct (1). Pour autant, le juge administratif refuse de délier l'invocabilité de l'effet direct (2).

1. Les hésitations du juge quant à l'admission de l'invocabilité des normes non directement applicables

Tant la question de savoir si une approche globale doit être préférée à une analyse stipulation par stipulation (a), que l'existence de décisions appliquant un traité international sans en examiner l'applicabilité (b), témoignent des hésitations du juge administratif confronté à un moyen fondé sur une convention internationale.

a. La question de l'admission de l'invocabilité de l'ensemble de la convention internationale ou de ses stipulations examinées isolément

En premier lieu, il est possible de constater que le Conseil d'État a ponctuellement adopté une démarche comparable à celle retenue par la Cour de cassation dans la jurisprudence *Lejeune*¹⁵⁷⁰. La Cour cassation conclut à l'absence d'effet direct de l'ensemble des stipulations de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant du 26 janvier 1990 sur le fondement de la formulation de son article 4¹⁵⁷¹. Le paragraphe 1 de l'article 1^{er} de la convention du Conseil de l'Europe sur la protection des animaux en transport international de 1968 stipule « *chacune des parties contractantes mettra en application les dispositions relatives aux transports*

¹⁵⁷⁰ Cass. civ. 1^{ère} 10 mars 1993, n° 91-11.310, *Lejeune*, Bull. civ. I, n° 103 ; cette solution est complétée par Cass. civ. 1^{ère} 15 juillet 1993, n° 92-05.515 et n° 91-18.735 (deux espèces), *M. X. c. l'A.S.E. du Val-de-Marne*, et *M. Y. c. Mme Z.*, Bull. civ. I, n° 259 ; J.C.P., G., IV, 2375 ; D., n° 33, I.R., p. 209 ; Gaz. Pal., n°s 321-322, 17 novembre 1993, Panorama, p. 256 ; D., 1994, n° 14, p. 191, note J. MASSIP : « *il résulte du texte même de la Convention du 26 janvier 1990 que, conformément à l'article 4 de celle-ci, ses dispositions ne créent d'obligations qu'à la charge des États, de sorte qu'elles ne peuvent être directement invoquées devant les juridictions nationales* ». Cette jurisprudence est confirmée par Cass. soc., 13 juillet 1994, n° 93-10.891, *Caisse primaire d'assurance maladie de Seine-et-marne c. Ponnau et autre*, Bull. civ. V, n° 236 ; J.C.P., G., II, 22219, note Y. BENHAMOU ; D., n° 33, I.R., p. 209 ; D., 1995, p. 91, note J. MASSIP.

¹⁵⁷¹ « *Les États parties s'engagent à prendre toutes les mesures législatives, administratives et autres qui sont nécessaires pour mettre en œuvre les droits reconnus dans la présente Convention. Dans le cas des droits économiques, sociaux et culturels, ils prennent ces mesures dans toutes les limites des ressources dont ils disposent et, s'il y a lieu, dans le cadre de la coopération internationale* ».

internationaux des animaux contenues dans la présente convention ». De cet énoncé, le Conseil d'État déduit l'absence d'applicabilité directe de l'ensemble des stipulations de la convention à l'occasion de l'affaire *Confédération nationale des sociétés de protection des animaux de France et des pays d'expression française*¹⁵⁷², suivant ainsi les conclusions du commissaire du Gouvernement Pierre-Alain JEANNENEY, qui estime qu'« *une telle formule implique que les autres dispositions édictées dans la suite de cette convention ne produisent pas d'effet direct à l'égard des ressortissants des États contractants et qu'ils ne peuvent donc pas s'en prévaloir devant le juge interne* »¹⁵⁷³.

En second lieu, le juge administratif a parfois admis l'invocabilité de normes d'origine internationale alors même qu'il les avait qualifiées comme dépourvues d'effet direct. Ainsi, dans l'affaire *S.A. General Motors France et autres*¹⁵⁷⁴, la société requérante forme un recours pour excès de pouvoir contre un acte réglementaire, en prétendant que ce dernier violait certaines stipulations conventionnelles internationales, dont l'article 12 de la Charte sociale européenne¹⁵⁷⁵. La formulation de l'article 12, selon lequel, « *en vue d'assurer l'exercice effectif du droit à la sécurité sociale, les Parties contractantes s'engagent* » notamment à maintenir le régime de sécurité sociale à un niveau satisfaisant, au moins égal à celui prévu par la Convention n°102 de l'Organisation internationale du travail, et à le porter progressivement à un niveau plus haut, a une structure comparable à celle emportant la qualification de norme dépourvue d'effet direct dans la jurisprudence du juge

¹⁵⁷² CE 28 septembre 1984, *Confédération nationale des sociétés de protection des animaux de France et des pays d'expression française*, Rec., Tables, p. 481, p. 512, p. 514, et p. 682 ; A.J.D.A., p. 695, concl. P.-A. JEANNENEY ; A.J.D.A., 1985, p. 83, chron. S. HUBAC et J.-E. SCHOETTL ; Quot. jur. ; 15 décembre 1984, note M. DEYRA.

¹⁵⁷³ A.J.D.A., 1984, p. 695 à 698, p. 696.

¹⁵⁷⁴ CE 21 octobre 1983, Rec., Tables, p. 582, p. 590, p. 601, p. 792, et p. 878.

administratif. Toutefois, il est possible de considérer, à l'instar de certains auteurs¹⁵⁷⁶, que le Conseil d'État admet implicitement son invocabilité en examinant le moyen au fond¹⁵⁷⁷. Or, il est nécessaire de remarquer que la formule du considérant examinant le moyen au fond s'articule sur plusieurs stipulations internationales, « l'article 9 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et les articles 12 et 31 de la Charte sociale européenne », avant l'affirmation : « dont les dispositions sont claires ». Un tel énoncé semble révéler une combinaison de trois normes, deux directement applicables¹⁵⁷⁸, et une dépourvue d'effet direct. Le constat de la clarté des dispositions s'applique ainsi à l'ensemble normatif et non aux

¹⁵⁷⁵ « En vue d'assurer l'exercice effectif du droit à la sécurité sociale, les Parties contractantes s'engagent : 1. à établir ou à maintenir un régime de sécurité sociale ; 2. à maintenir le régime de sécurité sociale à un niveau satisfaisant, au moins égal à celui nécessaire pour la ratification de la Convention internationale du travail (n° 102) concernant la norme minimum de la sécurité sociale ; 3. à s'efforcer de porter progressivement le régime de sécurité sociale à un niveau plus haut ; 4. à prendre des mesures, par la conclusion d'accords bilatéraux ou multilatéraux appropriés ou par d'autres moyens, et sous réserve des conditions arrêtées dans ces accords, pour assurer : a. l'égalité de traitement entre les nationaux de chacune des Parties contractantes et les ressortissants des autres Parties en ce qui concerne les droits à la sécurité sociale, y compris la conservation des avantages accordés par les législations de sécurité sociale, quels que puissent être les déplacements que les personnes protégées pourraient effectuer entre les territoires des Parties contractantes ; b. l'octroi, le maintien et le rétablissement des droits à la sécurité sociale par des moyens tels que la totalisation des périodes d'assurance ou d'emploi accomplies conformément à la législation de chacune des Parties contractantes ».

¹⁵⁷⁶ Notamment ABRAHAM R., concl. sur CE Sect. 23 avril 1997, *Groupelement d'information et de soutien des travailleurs immigrés (G.I.S.T.I.)*, R.F.D.A., p. 585 à 596, p. 594 ; ALLAND D., *L'applicabilité directe du droit international considérée du point de vue de l'office du juge : des habits neufs pour une vieille dame ?*, R.G.D.I.P., 1998, p. 203 à 244, p. 239-240.

¹⁵⁷⁷ « L'article 20 de l'ordonnance du 21 août 1967 n'édicte aucune règle incompatible avec les stipulations d'actes internationaux incorporés dans l'ordre juridique interne par des actes postérieurs, tels que l'article 9 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et les articles 12 et 31 de la Charte sociale européenne, dont les dispositions sont claires ; que par suite, le Gouvernement a pu, sans méconnaître ces actes internationaux, fixer par le décret attaqué, les modalités d'application de l'ordonnance »

¹⁵⁷⁸ La première est l'article 31 de la Charte sociale européenne : « 1. Les droits et principes énoncés dans la partie I, lorsqu'ils seront effectivement mis en œuvre, et l'exercice effectif de ces droits et principes, tel qu'il est prévu dans la partie II, ne pourront faire l'objet de restrictions ou limitations non spécifiées dans les parties I et II, à l'exception de celles prescrites par la loi et qui sont nécessaires, dans une société démocratique, pour garantir le respect des droits et des libertés d'autrui ou pour protéger l'ordre public, la sécurité nationale, la santé publique ou les bonnes mœurs. 2. Les restrictions apportées en vertu de la présente Charte aux droits et obligations reconnus dans celle-ci ne peuvent être appliquées que dans le but pour lequel elles ont été prévues ». La seconde est l'article 9 de la Convention E.D.H. : « 1. Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites. 2. La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».

stipulations prises isolément, tout comme l’invocabilité est celle de la combinaison et non celle de l’article 12 en lui-même¹⁵⁷⁹.

Le cas de l’arrêt *Confédération nationale des sociétés de protection des animaux de France et des pays d’expression française*¹⁵⁸⁰, portant sur certaines stipulations de la convention du Conseil de l’Europe sur la protection des animaux en transport international de 1968, semble plus probant. Dans ses conclusions sur cette affaire, le commissaire du Gouvernement Pierre-Alain JEANNENEY explique, au sujet de l’énoncé du paragraphe 1 de l’article 1^{er} de cette convention¹⁵⁸¹, qu’« une telle formule implique que les autres dispositions édictées dans la suite de cette convention ne produisent pas d’effet direct à l’égard des ressortissants des États contractants et qu’ils ne peuvent donc pas s’en prévaloir devant le juge national »¹⁵⁸². Cependant, il précise immédiatement ensuite : « en revanche, il nous semble qu’un requérant peut faire valoir devant le juge administratif que le pouvoir réglementaire n’a pas satisfait à l’obligation de mettre en application les dispositions de la convention et a ainsi méconnu le paragraphe 1 de son article 1^{er} »¹⁵⁸³. L’invocabilité de l’article 4 de la convention est admise par la Haute juridiction, malgré l’absence d’effet direct¹⁵⁸⁴. Ce cas particulier relève pourtant de l’arrêt d’espèce dans la mesure où la convention internationale dont est issue la stipulation invocable est intégralement reprise dans la directive européenne du

¹⁵⁷⁹ Sur ce mécanisme, voir *infra*, Titre second, Chapitre premier, Section II « L’invocabilité par combinaison de normes », p. 552.

¹⁵⁸⁰ CE, 28 septembre 1984, *Confédération nationale des sociétés de protection des animaux de France et des pays d’expression française*, précité.

¹⁵⁸¹ « Chacune des parties contractantes mettra en application les dispositions relatives aux transports internationaux des animaux contenues dans la présente convention ».

¹⁵⁸² JEANNENEY P.-A., conclusions sur CE 28 septembre 1984, *Confédération nationale des sociétés de protection des animaux de France et des pays d’expression française*, A.J.D.A., 1984, p. 695 à 698, p. 696.

¹⁵⁸³ *Ibid.*

¹⁵⁸⁴ « La convention européenne, qui interdit le transport des animaux inaptes au voyage, dispose en son article 4 dont les stipulations sont reprises au paragraphe 2 de l’annexe à la directive du conseil des communautés européennes en date du 18 juillet 1977 que les animaux qui doivent mettre bas dans la période correspondant au transport ou ayant mis bas depuis moins de quarante-huit heures ne doivent pas être regardés comme aptes au voyage ; Considérant, d’une part, qu’en interdisant le transport d’un animal inapte au déplacement envisagé par son propriétaire ou par l’expéditeur et en mentionnant que cette interdiction concerne, notamment, les animaux manifestement malades ou blessés ou les femelles sur le point de mettre bas, les dispositions réglementaires précitées définissent avec une précision suffisante l’obligation contenue dans la convention et la directive de ne pas transporter un animal inapte au voyage ; que, dès lors, le décret attaqué a pu, sans méconnaître cette obligation, ne pas préciser qu’elle s’étendait aux femelles ayant mis bas depuis moins de quarante-huit heures et renvoyer cette modalité à un arrêté ministériel ultérieur ».

18 juillet 1977. Cet élément est d'ailleurs mentionné à plusieurs reprises dans l'arrêt de la Haute juridiction. La dissociation de l'effet direct et de l'invocabilité, habituellement réservée au champ de droit européen, a probablement pris le pas sur la règle générale applicable au droit international conventionnel classique.

Enfin, par deux décisions récentes, le Conseil d'État déduit de la lettre de certaines stipulations d'une convention internationale l'absence d'effet direct de l'ensemble de cette convention du fait de son caractère interétatique. Le 9 mai 2006, le juge du référé-suspension relève que « *les stipulations de la convention de Berne relative à la conservation de la vie sauvage et du milieu naturel créent seulement des obligations entre les États parties sans produire d'effets directs dans l'ordre juridique interne* »¹⁵⁸⁵. Plus encore, dans une décision ultérieure, la Haute juridiction considère que la formulation des stipulations du second alinéa de l'article 1^{er} de la convention de Paris du 19 mars 1902 pour la protection des oiseaux utiles à l'agriculture exclut l'effet direct de l'ensemble des stipulations du traité¹⁵⁸⁶. Ce n'est que par l'intervention récente de la jurisprudence *G.I.S.T.I. et F.A.P.I.L.* que le problème est définitivement tranché¹⁵⁸⁷.

¹⁵⁸⁵ CE, ord. réf., 9 mai 2006, *Fédération transpyrénéenne des éleveurs de montagne et autres*, n° 292398, Rec. p. 236; A.J.D.A., p. 956 ; Environnement, comm. n° 67, note P. TROUILLY.

¹⁵⁸⁶ CE 9 novembre 2007, *Ligue pour la préservation de la faune sauvage et la défense des non-chasseurs*, Rec., Tables, p. 631 : « *aux termes du second alinéa du même article 1er : "En attendant que ce résultat soit atteint partout, dans son ensemble, les Hautes Parties Contractantes s'engagent à prendre ou à proposer à leurs législatures respectives les dispositions nécessaires pour assurer l'exécution des mesures comprises dans les articles ci-après" ; qu'il résulte de ce second alinéa, qui définit l'économie générale de la convention et en précise la portée, que l'ensemble de ses stipulations créent seulement des obligations entre les États parties et ne produisent pas d'effet direct dans l'ordre juridique interne* ».

¹⁵⁸⁷ CE Ass. 11 avril 2012, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (G.I.S.T.I.) et Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement (F.A.P.I.L.)*, n° 322326, à paraître au Recueil Lebon ; R.F.D.A., p. 547, concl. G. DUMORTIER, p. 560, note M. GAUTIER ; A.J.D.A., p. 936, chron. A. BRETONNEAU et X. DOMINO : « *sous réserve des cas où est en cause un traité pour lequel la Cour de justice de l'Union européenne dispose d'une compétence exclusive pour déterminer s'il est d'effet direct, 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 États et ne requiert l'intervention d'aucun acte complémentaire pour produire des effets à l'égard des particuliers ; que l'absence de tels effets ne saurait être déduite de la seule circonstance que la stipulation désigne les États parties comme sujets de l'obligation qu'elle définit* ».

b. L'application directe de certains traités internationaux

Le juge français semble parfois faire application de stipulations internationales sans s'interroger au préalable sur leur capacité à produire un effet direct, et, partant, sur leur invocabilité. Dans le cadre d'une affaire portant sur les articles 4 et 5 du traité de cession des établissements français de Pondichéry de 1956¹⁵⁸⁸, la Cour de cassation se contente d'appliquer le traité franco-indien et d'énoncer : « *l'arrêt confirmatif attaqué a exactement retenu que les dispositions du Traité du 28 mai 1956 prévalaient sur celles du droit interne français* »¹⁵⁸⁹. Le Conseil d'État, lors de l'examen de la question de la compétence des tribunaux administratifs, s'appuie directement sur le même traité en affirmant « *qu'il résulte clairement des dispositions combinées des articles 14 et 16 du traité de cession des établissements français de Pondichéry,*

¹⁵⁸⁸ L'article 4 prévoit que « *les nationaux français, nés sur le territoire des Établissements et qui y seront domiciliés à la date de l'entrée en vigueur du traité de cession, deviendront, sous réserve des dispositions de l'article 5 ci-après, nationaux et citoyens de l'Union indienne* ». L'article 5 stipule : « *les personnes visées à l'article précédent pourront, par déclaration écrite faite dans les six mois qui suivront l'entrée en vigueur du traité de cession, opter pour la conservation de leur nationalité. Les personnes qui auront exercé cette option seront réputées n'avoir jamais acquis la nationalité indienne. La déclaration du père ou, si le père est décédé, celle de la mère, ou, si les parents sont décédés, celle du tuteur déterminera la nationalité des enfants non mariés, âgés de moins de 18 ans, qui devront être mentionnés dans cette déclaration. Toutefois, les enfants mariés de sexe masculin, âgés de plus de 16 ans, pourront exercer l'option par eux-mêmes. Les personnes qui auront conservé la nationalité française du fait du choix exercé par leurs parents dans les conditions indiquées au paragraphe précédent pourront, pendant les six mois qui suivront l'accomplissement de leur dix-huitième année, exercer une option personnelle en vue d'acquérir la nationalité indienne par déclaration souscrite devant les autorités indiennes compétentes. Cette option prendra effet à partir de la date à laquelle la déclaration aura été souscrite. L'option du mari sera sans effet sur la nationalité de la femme. Les déclarations visées aux paragraphes 1 et 2 seront rédigées en double exemplaire, l'un en français, l'autre en anglais, et seront adressées aux autorités françaises compétentes qui feront parvenir immédiatement aux autorités indiennes compétentes l'exemplaire rédigé en anglais de ladite déclaration* ».

¹⁵⁸⁹ Cass. civ. 1^{ère} 26 mars 1996, n° 94-11.492, *Richemond et Procureur général près la Cour d'appel d'Amiens*, Bull. civ. I, n° 152 ; J.C.P., G., IV, 1202 ; Gaz. Pal., nos 175-177, *Panorama*, p. 153 ; R.G.D.I.P., 1997, p. 798, note D. ALLAND.

Karikal, Mahé et Yanaon signé le 28 mars 1956¹⁵⁹⁰, (...) que le Conseil d'État n'est resté compétent que pour connaître des instances introduites devant la juridiction administrative avant le 1er novembre 1954 ; considérant que la requête susvisée (...) est relative à une instance introduite depuis le 1er novembre 1954 ; que, dès lors, il n'appartient plus au Conseil d'État d'en connaître »¹⁵⁹¹. Cette absence de précision quant à l'effet direct des stipulations ne peut pourtant qu'être interprétée comme une reconnaissance tacite de leur applicabilité directe et, partant, de leur invocabilité. En effet, il est important de relever que les énoncés des stipulations invoquées dans les deux affaires respectent les deux critères d'applicabilité des engagements internationaux retenus par les juges.

De même, dans l'affaire *Starr*¹⁵⁹², pour établir qu'un ouvrage public constitué par une cible flottante de l'armée de l'air ayant provoqué le naufrage d'un yacht au large de Biscarosse se trouvait « *en dehors du territoire soumis à la souveraineté de l'État français* », le Conseil d'État fait application de la Convention de Genève sur le plateau continental du 29 avril 1958, en concluant qu'« *il ressort clairement des stipulations de cette convention que les États riverains n'exercent sur le sol dudit plateau que des droits d'exploration et d'exploitation* ». Certes, l'arrêt ne fait aucune mention de la présence ou

¹⁵⁹⁰ L'article 14 précise : « *les instances introduites avant le 1er novembre 1954 seront jugées conformément à la législation alors applicable au fond et aux lois de procédure en vigueur à cette date dans les Établissements. À cet effet et jusqu'à la solution complète de ces instances, continueront à fonctionner les juridictions propres aux Établissements mais composées de licenciés en droit habituellement domiciliés dans ces Établissements, honorablement connus et choisis selon les règles françaises sur la désignation des magistrats intérimaires. Toutefois les parties pourront d'un commun accord transporter aux tribunaux indiens compétents la connaissance de ces instances. Cette disposition s'appliquera aussi aux instances qui, bien que déjà ouvertes, ne seraient pas encore inscrites au rôle du greffe des juridictions françaises ainsi qu'aux instances manifestant l'exercice d'une voie de recours ordinaire ou extraordinaire. Seront exécutés par les autorités indiennes compétentes les jugements et ordonnances rendus par les juridictions françaises avant le 1er novembre 1954 par application du premier paragraphe du présent article, qu'elle que soit la juridiction qui aura statué. Les actes constitutifs des droits établis avant le 1er novembre 1954 conformément à la loi française conserveront la valeur que cette loi leur conférait alors. Les archives des juridictions françaises devront être conservées conformément aux règlements en vigueur à la date de cession et communication de leurs éléments devra être donnée aux représentants accrédités de la France, toutes les fois qu'ils en feront la demande* ». L'article 16 prévoit que « *les règles prévues à l'article 14 seront applicables aux procédures portées devant le conseil du contentieux administratif où siègeront magistrats intérimaires et fonctionnaires locaux désignés conformément aux principes posés par le second paragraphe dudit article 14* ».

¹⁵⁹¹ CE 23 janvier 1963, *Coumarassamy Vannier*, Rec. p. 44.

¹⁵⁹² CE Sect. 4 décembre 1970, *Ministre de l'État chargé de la Défense nationale et ministre de l'Équipement et du Logement c. sieur Starr et British Commonwealth Insurance Company*, Rec. p. 734 ; R.G.D.I.P., p. 1114, concl. G. GUILLAUME ; A.J.D.A., 1971, p. 112, note F. MODERNE ; D. 1971, p. 253, note P TEDESCHI ; R.D.P., 1971, p. 1219, note M. WALINE ; J.C.P., G., II, 1971, 16764, note D. RUZIÉ.

de l'absence d'effet direct des stipulations de la Convention de Genève utiles au règlement du litige. Plus encore, les stipulations de la Convention de Genève invoquées sont probablement les articles 1^{er} et 2-1¹⁵⁹³, complétés par les deux articles du Protocole de signature facultative concernant le règlement obligatoire des différends signé à Genève le 29 avril 1958¹⁵⁹⁴. Les énoncés ainsi visés ont manifestement pour objet de créer « *seulement des obligations entre États sans ouvrir de droits aux intéressés* »¹⁵⁹⁵ et ne remplissent pas le critère subjectif d'applicabilité. Mais il est important de constater que le moyen fondé sur ces stipulations n'est pas soulevé par John Starr et la British Commonwealth Insurance Company, personnes privées, mais par les ministres de l'État chargé de la Défense nationale, et de l'Équipement et du Logement, autorités étatiques. Ces autorités invoquent les stipulations précitées afin d'établir que la cible, fait générateur du dommage, se situe « *en dehors du territoire soumis à la souveraineté de l'État français* », afin de démontrer qu'aucun tribunal administratif français n'est compétent pour connaître de cette affaire. L'argument consiste à établir que le litige relève de la compétence exclusive de la Cour internationale de Justice aux termes du Protocole de signature facultative concernant le règlement obligatoire des différends. Ainsi, l'application du critère subjectif est totalement sans objet dans la mesure où le juge n'est pas face à un individu cherchant à se prévaloir d'une stipulation internationale dont il n'est pas le destinataire direct et ayant à établir qu'il peut en tirer un droit justiciable, mais face à l'État français, destinataire direct de stipulations internationales claires et précises, lui

¹⁵⁹³ L'article premier définit la notion de plateau continental : « *Aux fins des présents articles, l'expression « plateau continental » est utilisée pour désigner : a) le lit de la mer et le sous-sol des régions sous-marines adjacentes aux côtes, mais situées en dehors de la mer territoriale, jusqu'à une profondeur de 200 mètres ou, au-delà de cette limite, jusqu'au point où la profondeur des eaux surjacentes permet l'exploitation des ressources naturelles desdites régions; et b) le lit de la mer et le sous-sol des régions sous-marines analogues qui sont adjacentes aux côtes des îles* ». L'article 2-1 précise que « *l'État riverain exerce des droits souverains sur le plateau continental aux fins de l'exploration de celui-ci et de l'exploitation de ses ressources naturelles* ».

¹⁵⁹⁴ L'article 1^{er} détermine la juridiction compétente en cas de différend : « *les différends relatifs à l'interprétation ou à l'application de toutes les conventions sur le droit de la mer relèveront de la compétence obligatoire de la Cour internationale de Justice qui, à ce titre, pourra être saisie par une requête de toute partie au différend qui sera elle-même partie au présent Protocole* ». L'article 2 précise que « *le présent engagement vise l'ensemble des dispositions de toutes les conventions sur le droit de la mer, à l'exception des articles 4, 5, 6, 7 et 8 de la Convention sur la pêche et la conservation des ressources biologiques de la haute mer, auxquels les articles 9, 10, 11 et 12 de cette convention demeurent applicables* ».

¹⁵⁹⁵ CE Ass. 8 mars 1985, *Garcia Henriquez*, Rec. p. 71 ; A.J.D.A., chron. S. HUBAC et J.-E. SCHOETTL, p. 406 ; R.D.P., p. 1130, concl. B. GENEVOIS.

conférant des droits et obligations. Les énoncés des stipulations invoquées sont manifestement clairs, complets et précis, le critère subjectif est sans objet, le juge procède à une reconnaissance tacite de leur applicabilité directe.

2. Le refus de la distinction de l'effet direct et de l'invocabilité

L'analyse des solutions précédentes permet également de remarquer une évolution dans la formulation des arrêts du juge administratif. Concernant la Convention de New York relative aux droits de l'enfant du 26 janvier 1990, l'arrêt *Paturel*¹⁵⁹⁶ affirme que « les stipulations des articles 12-1¹⁵⁹⁷, 12-2¹⁵⁹⁸ et 14-1¹⁵⁹⁹ de la même convention créent seulement des obligations entre États sans ouvrir de droits aux intéressés ; que par suite, M. Paturel ne peut non plus utilement s'en prévaloir ». En revanche, l'arrêt *G.I.S.T.I.*¹⁶⁰⁰ précise, à propos des articles 24-1¹⁶⁰¹, 26-1¹⁶⁰² et 27-1¹⁶⁰³ de la même convention « que ces stipulations, qui ne produisent pas d'effets directs à l'égard des particuliers, ne peuvent être utilement invoquées à l'appui de conclusions tendant à l'annulation d'une décision individuelle ou réglementaire ». Cette précision fait suite au rejet du moyen fondé sur la violation de l'article 4-1 de la convention n° 118 de

¹⁵⁹⁶ CE 3 juillet 1996, *Paturel*, Rec. p. 256 ; D.A., octobre 1996, p. 22, note C. M. ; J.C.P., G., IV., 1913, obs. M.-C. ROUAULT ; Dr. san. et soc., 33, avril-juin 1997, p. 334, chron. J.-M. DE FORGES ; R.G.D.I.P., 1998, p. 203, ét. D. ALLAND.

¹⁵⁹⁷ « Les États parties garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité ».

¹⁵⁹⁸ « À cette fin, on donnera notamment à l'enfant la possibilité d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'un organisme approprié, de façon compatible avec les règles de procédure de la législation nationale ».

¹⁵⁹⁹ « Les États parties respectent le droit de l'enfant à la liberté de pensée, de conscience et de religion ».

¹⁶⁰⁰ CE Sect. 23 avril 1997, *Groupement d'information et de soutien des travailleurs immigrés (G.I.S.T.I.)*, précité. Cette formulation est également présente dans certains arrêts plus anciens, comme par exemple : CE 20 avril 1984, *Ministre délégué chargé du budget c. Melle Valton et autres*, Rec. p. 148.

¹⁶⁰¹ « Les États parties reconnaissent le droit de l'enfant de jouir du meilleur état de santé possible et de bénéficier de services médicaux et de rééducation. Ils s'efforcent de garantir qu'aucun enfant ne soit privé du droit d'avoir accès à ces services ».

¹⁶⁰² « Les États parties reconnaissent à tout enfant le droit de bénéficier de la sécurité sociale, y compris les assurances sociales, et prennent les mesures nécessaires pour assurer la pleine réalisation de ce droit en conformité avec leur législation nationale ».

¹⁶⁰³ « Les États parties reconnaissent le droit de tout enfant à un niveau de vie suffisant pour permettre son développement physique, mental, spirituel, moral et social ».

l'Organisation internationale du travail du 28 juin 1962¹⁶⁰⁴ : « *la définition des titres et documents susmentionnés n'est pas contraire aux stipulations précitées, qui produisent des effets directs à l'égard des particuliers* ». Par cette démarche empreinte de pédagogie, le Conseil d'État explique d'une part que les stipulations de la Convention de New York invoquées sont dépourvues d'effet direct, et, d'autre part, qu'elles ne peuvent être invoquées. La même formulation est employée, *a contrario*, pour les stipulations de la convention n° 118 de l'Organisation internationale du travail du 28 juin 1962. La structure de la formulation de l'arrêt *G.I.S.T.I.* s'est établie, et stabilisée, elle est toujours employée par le juge administratif¹⁶⁰⁵.

Les stipulations invoquées dans l'affaire *G.I.S.T.I.* portent sur le droit de l'enfant à bénéficier de services médicaux, de rééducation¹⁶⁰⁶ et de la sécurité sociale¹⁶⁰⁷, ainsi que celui « *à un niveau de vie suffisant pour permettre son développement physique, mental, spirituel, moral et social* »¹⁶⁰⁸. Ces stipulations ont manifestement pour objet de reconnaître des droits au profit d'une certaine catégorie de personnes, et ne peuvent être considérées comme se bornant à créer des obligations interétatiques. C'est donc de l'imprécision de ces stipulations que sont déduits l'absence d'effet direct, et le rejet de la possibilité d'invoquer ces dispositions quelle que soit la nature

¹⁶⁰⁴ « *En ce qui concerne le bénéfice des prestations, l'égalité de traitement doit être assurée sans condition de résidence. Toutefois, elle peut être subordonnée à une condition de résidence, en ce qui concerne les prestations d'une branche de sécurité sociale déterminée, à l'égard des ressortissants de tout Membre dont la législation subordonne l'octroi des prestations de la même branche à une condition de résidence sur son territoire* ».

¹⁶⁰⁵ Pour des exemples récents, cf. CE 7 juin 2006, *Association AIDES et autres*, Rec. p. 282 ; Dr. Soc., n° 11, novembre 2006, p. 1037, concl. C. DEVYS ; J.C.P., A., 1154, note P. BILLET ; Dr. Env., n° 141, p. 235, note S. GRATAUD : « *considérant, d'une part, qu'en vertu des articles 9 et 10 du pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, les États parties reconnaissent le droit de toute personne à la sécurité sociale, y compris les assurances sociales, ainsi qu'une protection et une assistance aussi larges que possible à la famille ; que, de même, selon les articles 11, 12, 13 et 17 de la charte sociale européenne révisée, les parties s'engagent à prendre des mesures appropriées en vue d'assurer l'exercice effectif, respectivement, du droit à la protection de la santé, du droit à la sécurité sociale, du droit à l'assistance sociale et médicale et du droit des enfants et adolescents de grandir dans un milieu favorable à l'épanouissement de leur personnalité et au développement de leurs aptitudes physiques et mentales ; que ces stipulations, qui ne produisent pas d'effets directs à l'égard des particuliers, ne peuvent être utilement invoquées à l'appui de conclusions tendant à l'annulation des décrets attaqués ; qu'il suit de là que le moyen tiré de ce que les droits énoncés par la charte sociale européenne révisée ne seraient pas garantis dans le respect du principe de non-discrimination prévu par l'article E de la partie V de la charte est également inopérant* ». Voir également CE 8 octobre 2010, *Sabatier*, Rec., Tables, p. 707 ; Dr. fisc., p. 599, concl. L. OLLÉON.

¹⁶⁰⁶ Article 24-1 de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant du 26 janvier 1990.

¹⁶⁰⁷ Article 26-1 de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant du 26 janvier 1990.

¹⁶⁰⁸ Article 27-1 de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant du 26 janvier 1990.

de l'acte attaqué. Il est, par ailleurs, intéressant de remarquer que, dans cette hypothèse d'imprécision de la norme d'origine internationale, le juge administratif n'emploie pas la même formule que celle utilisée pour les normes non directement applicables d'origine interne, qui est fort différente. Comme le soulignent certains auteurs¹⁶⁰⁹, la formulation antérieure permet de déduire un lien de cause à effet explicitement formé entre l'absence d'effet direct et l'impossibilité d'invoquer les stipulations, notamment de l'utilisation de conjonctions telles que « *donc* », « *par suite* »¹⁶¹⁰, ou « *en tout état de cause* »... L'énoncé de l'arrêt *G.I.S.T.I.* fait apparaître l'absence d'effet direct comme incidente, entre deux virgules. Le lien entre cette absence et le rejet de l'invocabilité n'est donc pas aussi explicite que dans la formule précédente. En revanche, les arrêts plus récents établissent expressément et avec force ce lien : « *ces stipulations, qui ne concernent que les rapports entre les États contractants et ne produisent ainsi pas d'effets directs à l'égard des particuliers, ne peuvent dès lors être utilement invoquées à l'appui de conclusions tendant à l'annulation d'une décision individuelle* »¹⁶¹¹.

Il est ainsi impossible d'invoquer des stipulations dépourvues d'effet direct pour contester la régularité d'une mesure réglementaire ou individuelle, alors même que le commissaire du Gouvernement Ronny ABRAHAM, concluant sur l'affaire *G.I.S.T.I.*, suggérait d'appliquer une distinction entre l'effet direct et l'invocabilité¹⁶¹². Le juge administratif déduit donc de l'absence « d'effet direct » ou plutôt de l'absence d'applicabilité de la norme d'origine internationale l'impossibilité de l'invoquer. Le même raisonnement exprès peut se retrouver dans les formulations employées par la Cour de cassation : les « *dispositions de l'article 2 de la Convention de New York du 26 janvier 1990 sur les droits de l'enfant, directement applicables en France, et susceptibles*

¹⁶⁰⁹ Notamment 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 ?*, R.G.D.I.P., 1998, p. 203 à 244, p. 243.

¹⁶¹⁰ CE 3 juillet 1996, *Paturel*, précité.

¹⁶¹¹ CE 8 octobre 2010, *Sabatier*, précité.

¹⁶¹² Notamment en admettant l'invocabilité des stipulations internationales dépourvues d'effet direct en raison de leur caractère imprécis à l'encontre des actes réglementaires, rapprochant ainsi leur régime contentieux de celui des directives européennes fixé par la jurisprudence *Cohn-Bendit : Les effets juridiques, en droit interne, de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant*, R.F.D.A., 1997, p. 85 à 596, spé. p. 592 à 596.

d'être invoquées devant les juridictions françaises »¹⁶¹³. Il est important de remarquer que cet arrêt, atténuant les effets de la jurisprudence *Lejeune*¹⁶¹⁴, intervient bien avant le revirement concernant la Convention de New York relative aux droits de l'enfant du 26 janvier 1990¹⁶¹⁵.

Enfin, la jurisprudence récente confirme la distinction entre l'effet direct et l'invocabilité, mais ne permet pas de dissiper les doutes quant à la reconnaissance de l'effet direct et à la détermination des conséquences de son défaut. En effet, par l'arrêt *Section française de l'Observatoire international des prisons*¹⁶¹⁶, le Conseil d'État admet l'invocabilité de l'alinéa 3 de l'article du Pacte des Nations Unies sur les droits civils politiques de 1966¹⁶¹⁷, donc en reconnaît implicitement l'effet direct. En revanche, il est intéressant de constater que cette reconnaissance entraîne une explication remarquable de la Haute juridiction, à destination du pouvoir réglementaire : « *si une mesure d'isolement pourrait, le cas échéant, en raison de ses circonstances et de sa durée, porter atteinte aux objectifs d'insertion et de réinsertion attachés aux peines subies par les détenus tels qu'ils sont fixés par l'alinéa 3 de l'article 10 du pacte international relatif aux droits civils et politiques et par l'alinéa 2 de l'article 707 du code de procédure pénale* ». En revanche, dans le cadre d'une autre affaire¹⁶¹⁸, le Conseil d'État déclare, à propos des articles 2¹⁶¹⁹ et 10¹⁶²⁰ de la Convention européenne pour la

¹⁶¹³ Cass. civ. 1^{ère} 25 juin 1996, n° 94-14.858, *Mazurek*, Bull. civ. I, n° 268 ; J.C.P., G., 1997, II, 22834, note P. MALAURIE.

¹⁶¹⁴ Cass. civ. 1^{ère} 10 mars 1993, précité, Bull. civ. I, n° 103 : « *les dispositions de la convention relative aux droits de l'enfant, signée à New York le 26 janvier 1990, ne peuvent être invoquées devant les tribunaux, cette Convention, qui ne crée des obligations qu'à la charge des États parties, n'étant pas directement applicable en droit interne* »

¹⁶¹⁵ Cass. civ. 1^{ère} 18 mai 2005, précités, Bull. civ. I, n° 211 et n° 212.

¹⁶¹⁶ CE Sect. 31 octobre 2008, *Section française de l'Observatoire international des prisons*, Rec. p. 374, concl. M. GUYOMAR ; R.F.D.A., 2009, p. 73, concl. ; A.J.D.A., p. 2389, chron. E. GEFFRAY et S.-J. LIÉBER ; Gaz. Pal, n° 348, 13 décembre 2008, p. 33, note M. GUYOMAR ; D., 2009, n° 2, p. 134, note M. HERZOG-EVANS ; D.A., janvier 2009, comm. 10, p. 31, note F. MELLERAY.

¹⁶¹⁷ « *Le régime pénitentiaire comporte un traitement des condamnés dont le but essentiel est leur amendement et leur reclassement social. Les jeunes délinquants sont séparés des adultes et soumis à un régime approprié à leur âge et à leur statut légal* ».

¹⁶¹⁸ CE 18 juin 2008, *Landes*, Rec., Tables, p. 571, p. 580 et p. 615.

¹⁶¹⁹ « 1. *Chaque Partie s'engage à prendre les mesures nécessaires pour donner effet aux dispositions de cette Convention en ce qui concerne / a. les animaux de compagnie détenus par une personne physique ou morale dans tout foyer, dans tout établissement se livrant au commerce ou à l'élevage et à la garde à titre commercial de tels animaux, ainsi que dans tout refuge pour animaux / b. le cas échéant, les animaux errants* ».

protection des animaux de compagnie du 13 novembre 1987 « *que par elles-mêmes, ces stipulations, qui ne produisent pas d'effets directs à l'égard des particuliers, ne sauraient fonder, en l'absence de dispositions nationales assurant leur mise en œuvre, la compétence du conseil d'administration de la Société centrale canine à prendre les mesures litigieuses* ». Le Conseil d'État fait ainsi une application particulière du critère subjectif d'applicabilité considérant que l'obligation de prendre les mesures nécessaires lie exclusivement l'État. L'obligation internationale d'interdire la coupe des oreilles n'étant pas d'effet direct, la société canine ne peut pas tirer de ces stipulations le pouvoir de le faire.

Ces observations de la jurisprudence conduisent à constater le refus du juge d'appliquer au droit international les solutions retenues pour les directives européennes sous l'empire de la jurisprudence *Cohn-Bendit*¹⁶²¹, malgré les diverses propositions formulées en ce sens¹⁶²². Ce refus est une illustration supplémentaire de la spécificité du droit européen, et notamment des directives, qui imposent des délais de transposition, là où les engagements internationaux classiques ne prescrivent pas d'obligation comparable. Or, de très nombreuses solutions relatives à l'invocabilité des directives sont juridiquement fondées sur le manquement de l'État à remplir ses devoirs, manquement établi après l'expiration du délai de transposition fixé par la directive. La détermination d'un tel moment, auquel il est possible d'identifier de manière certaine un manquement de l'État à ses obligations internationales, par son action ou son inaction¹⁶²³, est extrêmement difficile pour le droit international conventionnel¹⁶²⁴. Ainsi, l'office du juge en présence de règles internationales est

¹⁶²⁰ « 1. Les interventions chirurgicales destinées à modifier l'apparence d'un animal de compagnie ou à d'autres fins non curatives doivent être interdites et en particulier : (...) la coupe des oreilles ; / 2. Des exceptions à cette interdiction ne doivent être autorisées que : / si un vétérinaire considère une intervention non curative nécessaire soit pour des raisons de médecine vétérinaire, soit dans l'intérêt d'un animal particulier ; / pour empêcher la reproduction (...) ».

¹⁶²¹ CE Ass. 22 décembre 1978, *Ministre de l'Intérieur c. Cohn-Bendit*, précité.

¹⁶²² Notamment par Ronny ABRAHAM dans ses conclusions sur l'affaire *G.I.S.T.I.*, précitées, spé. p. 592 à 595.

¹⁶²³ Par exemple, en ne mettant pas en œuvre les mesures nationales nécessaires à l'atteinte des objectifs fixés, en prenant des mesures incompatibles ou en laissant subsister dans l'ordre juridique des règles de droit incompatibles.

¹⁶²⁴ Comme le constate Denis ALLAND, *op. cit.*, p. 243-244.

réduit par comparaison à son rôle en matière européenne, et sa conception stricte de la séparation des pouvoirs trouve à s'appliquer.

B - Les cas de distinction entre effet direct et invocabilité

La pratique européenne et la jurisprudence de la Cour de justice opèrent très tôt la distinction de l'effet direct de l'invocabilité par leur approche téléologique (1). Cette distinction est ensuite appliquée par le juge administratif. Toutefois, les récentes évolutions jurisprudentielles mènent à s'interroger sur la pérennité de la démarche (2).

1. Une distinction initiée par le droit européen

La distinction entre les notions d'effet direct, d'applicabilité, et d'invocabilité résulte de conceptions propres au droit européen, nées de la pratique et de la jurisprudence (a). Cette distinction se renforce davantage par le rôle spécifique attribué par l'ordre juridique de l'Union européenne au juge national (b).

a. La conception européenne des notions d'effet direct et d'invocabilité

Les termes de l'alinéa 3 de l'article 288 du T.F.U.E. révèlent que les directives européennes représentent un moyen de législation « *indirecte et médiate* »¹⁶²⁵. Cependant, la pratique donne à de nombreuses directives un degré de précision tel qu'elles se sont rapprochées du règlement, et que la jurisprudence développée par la Cour de justice a progressivement étendu les possibilités pour les directives de produire des effets en droit interne. Par les célèbres arrêts *Van Gend en Loos*¹⁶²⁶ et *Van Duyn c. Home Office*¹⁶²⁷, la Cour de justice rejette la théorie des *self-contained regimes*¹⁶²⁸,

¹⁶²⁵ PESCATORE P., *L'effet des directives communautaires : une tentative de démythification*, D., 1980, chron. p. 171.

¹⁶²⁶ CJCE 5 février 1963, N. V. *Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos c. Administration fiscale néerlandaise*, 26/62, Rec. p. 3.

¹⁶²⁷ CJCE 4 décembre 1974, *Yvonne Van Duyn c. Home Office*, 41/74, Rec. p. 1337.

en adoptant un résultat obtenu par une démarche téléologique : « *l'argument tiré des articles 169 et 170 du traité (...) tombe à faux ; qu'en effet, la circonstance que le traité, dans les articles susvisés, permet à la Commission et aux États membres d'attirer devant la Cour un État qui n'a pas exécuté ses obligations n'implique pas, pour les particuliers, l'impossibilité d'invoquer, le cas échéant, devant le juge national ces obligations ; qu'une limitation aux seules procédures des articles 169 et 170 des garanties contre une violation de l'article 12 par les États membres supprimerait toute protection juridictionnelle directe des droits individuels de leurs ressortissants ; que le recours à ces articles risquerait d'être frappé d'inefficacité s'il devait intervenir après l'exécution d'une décision nationale prise en méconnaissance des prescriptions du traité ; que la vigilance des particuliers intéressés à la sauvegarde de leurs droits entraîne un contrôle efficace qui s'ajoute à celui que les articles 169 et 170 confient à la diligence de la Commission et des États membres* »¹⁶²⁹. Cette jurisprudence s'enrichit ensuite de la distinction entre la garantie des droits individuels et la garantie de la légalité¹⁶³⁰, puis de l'application de l'adage *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*¹⁶³¹.

Plus encore, la Cour admet l'engagement de la responsabilité d'un État membre indépendamment de l'effet direct de la directive européenne qu'il n'a pas

¹⁶²⁸ La notion de *self-contained regime* trouve son origine dans un arrêt rendu par la Cour Internationale de Justice en 1980. CIJ 24 mai 1980, *Affaire relative au personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, (États-Unis d'Amérique c. Iran), Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances de la CIJ, p. 1, point 86 p. 40 : « *the rules of diplomatic law, in short, constitute a self-contained regime which, on the one hand, lays down the receiving State's obligations regarding the facilities, privileges and immunities to be accorded to diplomatic missions and, on the other, foresees their possible abuse by members of the mission and specifies the means at the disposal of the receiving State to counter any such abuse* ». La traduction officielle de l'arrêt est la suivante : « *en bref, les règles du droit diplomatique constituent un régime se suffisant à lui-même qui, d'une part, énonce les obligations de l'État accréditaire en matière de facilités, de privilèges et d'immunités à accorder aux missions diplomatiques et, d'autre part, envisage le mauvais usage que pourraient en faire des membres de la mission et précise les moyens dont dispose l'État accréditaire pour parer à de tels abus* ». Dans une telle conception, les traités prévoyant des voies de droit qui leur sont propres ne sont pas invocables en-dehors de ces dernières.

¹⁶²⁹ CJCE 5 février 1963, *N. V. Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos c. Administration fiscale néerlandaise*, précité, Rec. p. 3 à 28, p. 24-25.

¹⁶³⁰ CJCE, 3 avril 1968, *Firma Molkerei-Zentrale Westfalen-Lippe GmbH c. Hauptzollamt Paderborn*, 28/67, Rec. p. 212 : « *l'action d'un particulier tend à la sauvegarde des droits individuels dans un cas d'espèce, tandis que l'intervention des autorités communautaires vise à l'observation générale et uniforme de la règle communautaire* ».

¹⁶³¹ CJCE 5 avril 1979, *Ministère public c. Tullio Ratti*, 148/78, Rec. p. 1629.

transposée ou qu'il n'a pas respectée¹⁶³². En dehors de la jurisprudence sur les directives, la Cour dissocie la possibilité de se prévaloir d'un accord dans le cadre d'une exception d'illégalité et le caractère directement applicable de cet accord (effet direct *stricto sensu*)¹⁶³³. Les nécessités du contrôle de légalité supplantent les considérations relatives à l'applicabilité directe, ce qui fait que la question de savoir si la norme européenne confère des droits aux particuliers est loin d'être la seule pertinente : « *il convient toutefois de constater qu'en l'espèce Nakajima n'invoque pas l'effet direct de ces dispositions. Par ce moyen la requérante met, en effet, en cause, de façon incidente, conformément à l'article 184 du traité, la validité du nouveau règlement de base en invoquant un des moyens du contrôle de légalité mentionné à l'article 173 de ce traité, à savoir la violation du traité ou de toute autre règle relative à son application* »¹⁶³⁴.

L'analyse de la pratique européenne et de la jurisprudence de la Cour de justice révèle une conception de l'effet direct particulière, conséquence concrète du fait que la norme issue du droit de l'Union européenne a vocation à conférer directement un droit dans le chef des particuliers. L'effet direct n'est donc pas considéré comme la cause juridique de la création de droit, contrairement à la conception apparente du juge français de cette notion. La norme européenne est source de droits individuels, elle nécessite de se voir reconnaître une applicabilité directe pour qu'elle puisse produire ses effets, pour que les particuliers puissent se prévaloir des droits qu'elle leur reconnaît. La question de l'applicabilité directe se déplace ensuite vers celle de l'invocabilité de cette norme. L'invocabilité d'une norme désigne la possibilité de se prévaloir, non d'un droit contenu dans la norme européenne, mais de cette norme en tant qu'elle s'insère dans une hiérarchie et s'impose au nom du principe de légalité¹⁶³⁵.

¹⁶³² CJCE 19 novembre 1991, *Andrea Francovich et Danila Bonifaci et autres c. République italienne*, aff. jointes C-6/90 et C-9/90, Rec., I, p. 5357, points 38 à 42, p. 5415-5416.

¹⁶³³ CJCE 7 mai 1991, *Nakajima All Precision Co. Ltd c. Conseil des communautés européennes*, C-69/89, Rec., I, p. 2069, points 26 à 32, p. 2177-2178.

¹⁶³⁴ CJCE 7 mai 1991, *Nakajima All Precision Co. Ltd c. Conseil des communautés européennes*, précité, point 28 p. 2178.

¹⁶³⁵ Comme le démontre Denis ALLAND, *op. cit.*, p. 233-234.

b. La conception européenne de l'office du juge national

Les droits des ressortissants de l'Union européenne résultent évidemment de leur qualité de destinataires directs de certaines normes européennes, mais également du fait que les traités, en imposant des obligations aux États membres, font indirectement naître, par un « effet réflexe »¹⁶³⁶ des droits au profit des individus. Ces derniers doivent être en mesure d'exiger que les autorités nationales respectent les obligations souscrites devant les juridictions nationales. Cette affirmation permet de considérer qu'un droit des particuliers existe par le fait qu'ils sont les destinataires directs de certaines règles, et par les conséquences du principe européen de légalité, dont le respect est soumis au contrôle des juges internes. Ainsi, certains types d'invocabilité¹⁶³⁷ sont indépendants de l'éventuel effet direct de la directive européenne, conformément aux conséquences sur le juge national des principes de primauté et d'effet utile. La question de l'effet direct ne devient déterminante que pour la possibilité technique de substitution des normes européennes au droit national. « L'arrêt Unilever¹⁶³⁸ consacre clairement la thèse du découplage entre d'une part l'invocabilité d'exclusion, qui autorise les justiciables à se prévaloir d'une norme communautaire en vue d'obtenir du juge national qu'il écarte une norme nationale contraire, y compris dans un litige horizontal, et d'autre part l'effet direct, le cas échéant horizontal, dont la fonction est d'assurer une justiciabilité maximale, notamment par l'effet de substitution du droit communautaire »¹⁶³⁹. La distinction de l'effet direct et de l'invocabilité commande donc la matière, et suppose un intérêt reconnu des particuliers à voir le droit de l'Union européenne respecté « en lui-même ».

La jurisprudence de la Cour de justice permet de remarquer que le juge interne est soumis à une double contrainte. Il est investi de la mission spécifique de juge de droit commun du droit européen, dont il doit par conséquent garantir l'application, qui s'ajoute aux obligations générales issues du principe de légalité

¹⁶³⁶ L'expression est empruntée à Denys SIMON, *Le système juridique communautaire*, précité.

¹⁶³⁷ Principalement les invocabilité d'interprétation, d'exclusion et de réparation. Sur ces notions, voir *supra*, Titre premier, p. 357.

¹⁶³⁸ CJCE 26 septembre 2000, *Unilever Italia SpA c. Central Food SpA*, C-443/98, Rec., I, p. 7535.

¹⁶³⁹ SIMON D., *op. cit.*, p. 402.

intégrant les normes européennes. La Cour de justice considère que l'effet direct des directives européennes ouvre un contrôle qui s'opère à l'initiative des justiciables des États membres devant les juridictions nationales, et des juridictions nationales elles-mêmes, par le renvoi préjudiciel¹⁶⁴⁰, au lieu de s'exercer par le recours en manquement, voie de droit rarement utilisée. Il incombe ainsi aux juridictions nationales chargées d'appliquer le droit européen dans le cadre de leurs compétences, d'assurer le plein effet des règles juridiques européennes et de protéger les droits qu'elles confèrent aux individus¹⁶⁴¹.

2. Une distinction à l'avenir incertain en droit interne

La lecture de l'alinéa 3 de l'article 288 du T.F.U.E. révèle un double obstacle à la reconnaissance d'un effet direct des directives européennes. Ces actes juridiques sont conçus comme nécessairement incomplets dans la mesure où ils ne sont censés établir qu'un résultat à atteindre. Cette prescription est complétée par la relative liberté des moyens laissée aux organes de l'État à l'intervention desquels renvoie toute directive européenne. Plus encore, les directives présentent également un « aspect interétatique »¹⁶⁴², et ainsi, ne respectent *a priori* aucun des deux critères de l'effet direct des engagements internationaux employés par le juge. Cette conception des directives européennes se reflète dans la jurisprudence *Cohn-Bendit*¹⁶⁴³, reconnaissant que « le particulier n'est pas atteint par la directive elle-même mais seulement par les mesures réglementaires nationales que l'État doit prendre (...). Le juge administratif part de l'idée que le particulier n'est pas le destinataire de la directive »¹⁶⁴⁴. La jurisprudence ultérieure évolue de telle sorte que le nombre de cas d'invocabilité d'une directive européenne devant le juge administratif, dans le cadre du recours pour excès de

¹⁶⁴⁰ Conformément aux stipulations de l'article 267 du T.F.U.E.

¹⁶⁴¹ CJCE 9 mars 1978, *Administration des finances de l'État c. Société anonyme Simmenthal*, 106/77, Rec. p. 629, point 16 p. 643 ; CJCE 19 juin 1990, *The Queen c. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd et autres*, C-213/89, Rec., I, p. 2433, point 19 p. 2473.

¹⁶⁴² DE BÉCHILLON D., *L'applicabilité des directives communautaires selon la jurisprudence du Conseil d'État*, R.D.P., 1991, p. 761.

¹⁶⁴³ CE Ass. 22 décembre 1978, *Ministre de l'Intérieur c. Cohn-Bendit*, précité.

¹⁶⁴⁴ COUSSIRAT-COUSTÈRE V., *Le juge administratif et le droit communautaire : difficultés anciennes et résistances nouvelles*, Pouvoirs, n° 46, 1988, *Droit administratif – Bilan critique*, p. 85 à 96, p. 88-89.

pouvoir, ne cesse d'augmenter¹⁶⁴⁵. Dans le cadre de la responsabilité, si une loi est incompatible avec les objectifs d'une directive européenne et constitue le fondement d'un acte réglementaire, la responsabilité de l'État peut être engagée pour les préjudices subis du fait de cette illégalité fautive¹⁶⁴⁶. De même, une action en responsabilité fondée sur le préjudice qu'aurait causé une décision administrative individuelle directement prise sur le fondement d'une loi incompatible avec une directive est fondée dans la mesure où la décision administrative serait dépourvue de base légale¹⁶⁴⁷.

Ce régime juridique est articulé autour de l'objectif assigné par la directive européenne à l'État. Il est ainsi possible de critiquer les mesures nationales uniquement par rapport à cet objectif, ce qui exclut les actes individuels dont la nature empêche la possibilité de juridiquement s'intégrer à la réglementation sur laquelle pèse l'obligation d'adaptation. Cette limite tient également au fait que le juge n'est pas destinataire de la directive, et donc ne voit pas peser sur lui l'obligation de transposition¹⁶⁴⁸. Certes, le principe de primauté posé par l'article 55 de la Constitution est exprimé de manière indistincte pour le droit international et le droit de l'Union européenne. Mais l'explication principale des subtilités du régime juridique des directives européennes peut être attribuée à la spécificité du droit de l'Union européenne, qui réside notamment dans l'efficacité des sanctions du principe de primauté tel qu'entendu par la Cour de justice. Dépourvu de tels mécanismes, le

¹⁶⁴⁵ Ces cas, précédemment analysés, sont les suivants : quand la directive peut être requalifiée de règlement (si la directive est précise et détaillée et que l'intervention de l'organe de l'Union européenne par voie de règlement est prévue, comme le confirme le considérant de principe de l'arrêt *Cohn-Bendit*) ; dans le cadre d'un recours en annulation dirigé contre l'acte réglementaire de droit interne pris pour l'exécution de la directive ; dans le cadre d'un recours contre un acte réglementaire qui n'est pas un acte de transposition de la directive mais qui, postérieur à la directive, tombe dans son champ d'application ; par le mécanisme de l'exception d'illégalité du texte réglementaire (même antérieur) sur la base duquel la décision individuelle attaquée a été prise ; afin d'exclure l'application de toute règle de droit interne incompatible avec les objectifs d'une directive à l'expiration du délai de transposition.

¹⁶⁴⁶ CE Ass. 28 février 1992, *Société Arizona Tobacco Products et S.A. Philip Morris France*, précité ; CE Ass. 28 février 1992, *S.A. Rothmans International France et S.A. Philip Morris France*, précité.

¹⁶⁴⁷ CE Ass. 30 octobre 1996, *S.A. Cabinet Revert et Badelon, et Ministre du Budget c. SA Jacques Dangeville*, précités.

¹⁶⁴⁸ DAL FARRA T., *L'invocabilité des directives communautaires devant le juge national de la légalité : étude comparée des conceptions de la Cour de justice des Communautés européennes et du Conseil d'État*, R.T.D.E., 1992, p. 631 à 667, p. 653.

droit international conventionnel classique obéit à un régime contentieux différent. L'invocabilité des directives européennes peut être admise alors même que leur effet direct *stricto sensu* n'est pas en cause.

Le régime de l'invocabilité des directives développé par le juge administratif correspond à la conception de l'ordre juridique de l'Union européenne selon laquelle les conséquences juridiques des directives consistent en l'ouverture d'un contrôle spécifique en principe interne, et européen par voie d'exception. Le rôle de juge d'application de droit commun du droit européen est susceptible de placer le juge français dans une position aussi inédite que délicate¹⁶⁴⁹. Cette conception particulière a pour conséquence de contraindre le juge français à remédier de sa propre autorité aux effets d'une situation qui a pour origine la carence de l'État dont il est l'organe, alors même que des procédures européennes spécifiques existent pour cela. De plus, le juge interne n'est pas le seul à risquer de se retrouver dans une situation complexe, l'exclusion de l'application d'une loi du fait de son incompatibilité avec une directive européenne et l'annulation subséquente des actes administratifs privés de base légale en découlant peuvent aisément provoquer un vide juridique de nature à embarrasser l'administration. Ce cas est d'autant plus marquant que, jusqu'en 2007¹⁶⁵⁰, la responsabilité de l'État était engagée sur le fondement de l'application par l'administration d'une législation illégale et non sur celui du maintien par le législateur de lois incompatibles avec la directive. Le juge administratif construit sa jurisprudence de telle sorte que ce soit « *l'acte réglementaire illégal en lui-même, qui s'est interposé entre la loi et l'administré qui [soit] le fait générateur direct du préjudice de ce dernier* »¹⁶⁵¹. Cette position peut s'expliquer par les conséquences en la matière de l'obligation pesant sur l'administration de renoncer à appliquer la loi inconventionnelle. Il est possible, dans cette hypothèse, que l'administration ne soit pas en mesure de trouver un autre texte approprié, qui puisse remplacer la loi

¹⁶⁴⁹ Comme l'observe notamment Bruno GENEVOIS dans ses conclusions sur l'arrêt *Cohn-Bendit*, R.T.D.E., 1979, p. 157 à 168, spé. p. 165.

¹⁶⁵⁰ Jusqu'à l'intervention de l'arrêt CE Ass. 8 février 2007, *Gardedieu*, précité.

¹⁶⁵¹ LAROQUE M., concl. sur CE Ass. 28 février 1992, *Société Arizona Tobacco Products et S.A. Philip Morris France* et CE Ass. 28 février 1992, *S.A. Rothmans International France et S.A. Philip Morris France*, A.J.D.A., 1992, p. 210 à 224, p. 220.

inconventionnelle. Or, toujours sous l'empire de la jurisprudence *Cohn-Bendit*¹⁶⁵², elle ne peut pas non plus appliquer directement les dispositions de la directive à la place de la loi inconventionnelle. Il est ainsi préférable de faire peser sur des organes politiquement responsables le poids de telles décisions, et, comme l'ont suggéré certains commentateurs de la jurisprudence *Arizona Tobacco Products*¹⁶⁵³, de faire en sorte que le juge n'ait pas à inventer le droit de substitution.

Cependant, il est indispensable de s'interroger sur la pertinence de cette distinction à la lumière des évolutions récentes de la jurisprudence. L'arrêt *Arcelor*¹⁶⁵⁴ développe un contrôle particulier de la légalité des directives européennes, applicable pour autant que les dispositions en cause soient « *précises et inconditionnelles* ». L'affaire *Mme Perreux*¹⁶⁵⁵ – à l'occasion de laquelle le Conseil d'État est revenu sur la jurisprudence *Cohn-Bendit*¹⁶⁵⁶ – subordonne le contrôle de compatibilité d'un acte individuel aux dispositions d'une directive européenne non transposée à cette même condition¹⁶⁵⁷. L'invocabilité d'une directive européenne est donc bien soumise, dans une certaine mesure, à la condition de la précision et de l'inconditionnalité de ses dispositions. Partant, il est difficile de concevoir que l'effet direct et l'invocabilité de la directive soient toujours et nécessairement dissociés en droit interne.

Paragraphe II : Une invocabilité potentiellement déterminée par la qualité de « l'invocateur », destinataire de la norme

Les solutions contentieuses relatives à l'admission de l'invocabilité des normes non directement applicables sont théoriquement motivées par l'emploi des critères objectif et subjectif d'applicabilité. De l'emploi de ces deux critères est

¹⁶⁵² CE Ass. 22 décembre 1978, *Ministre de l'Intérieur c. Cohn-Bendit*, précité.

¹⁶⁵³ CE Ass. 28 février 1992, *Société Arizona Tobacco Products et S.A. Philip Morris France*, et CE Ass. 28 février 1992, *S.A. Rothmans International France et S.A. Philip Morris France*, précités.

¹⁶⁵⁴ CE Ass. 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*, précité.

¹⁶⁵⁵ CE Ass. 30 octobre 2009, *Mme Perreux*, précité.

¹⁶⁵⁶ CE Ass. 22 décembre 1978, *Ministre de l'Intérieur c. Cohn-Bendit*, précité.

¹⁶⁵⁷ « tout justiciable peut se prévaloir, à l'appui d'un recours dirigé contre un acte administratif non réglementaire, des dispositions précises et inconditionnelles d'une directive, lorsque l'État n'a pas pris, dans les délais impartis par celle-ci, les mesures de transposition nécessaires ».

déduite une possibilité ou une impossibilité de se prévaloir en justice d'un contenu normatif. Or, certains requérants sont supposés admis à invoquer des normes non directement applicables et d'autres non. L'invocabilité des normes non directement applicable est le cadre idéal permettant à la réflexion sur le lien entre la norme et le justiciable de s'exprimer dans toute son ampleur. Cette observation mène à conclure à un lien entre l'invocabilité et la qualité de « l'invocateur » qu'il convient de déterminer (A). L'analyse des hypothèses d'admission ou de refus de l'invocabilité des normes non directement applicables en fonction du lien existant entre ces normes et les personnes amenées à les invoquer révèle une conception particulière de la notion de destinataire de la norme, influant sur son potentiel d'invocabilité (B).

A - La théorie de la qualité de « l'invocateur »

L'étude de la doctrine et de la jurisprudence administrative révèle une distinction des conditions d'admission de l'invocabilité des normes non directement applicables en fonction de la qualité de « l'invocateur », personne publique destinataire de la règle (1), ou personne privée bénéficiaire potentiel de son énoncé (2).

1. L'invocation par un État ou une autorité publique

Le droit de l'Union européenne connaît la différenciation fondée sur la qualité du requérant, autorité étatique ou personne privée, dans le cadre du recours en annulation prévu par l'article 263 du T.F.U.E., principale voie de droit du contrôle de légalité de l'action des institutions européennes¹⁶⁵⁸. Cette différenciation ne porte

¹⁶⁵⁸ Ce recours, inspiré du recours pour excès de pouvoir du droit administratif français, est ouvert dans un délai de deux mois à compter de la publication ou de la notification de l'acte. Il est ouvert contre les actes adoptés par les institutions de l'Union européenne qui ont des effets juridiques à l'égard des tiers, parmi lesquels figurent les directives européennes, et à l'exclusion des actes des États membres et des actes conventionnels. Les conditions de recevabilité d'un recours en annulation diffèrent en fonction de la qualité du requérant. Les requérants institutionnels réputés agir dans l'intérêt objectif du respect de la légalité de l'Union européenne, sont dispensés de rapporter la preuve d'un intérêt à agir et peuvent contester tous les actes obligatoires des institutions européennes. Il s'agit des États membres, la Commission, le Conseil. Le Parlement européen, la Banque centrale européenne et l'Institut monétaire européen sont des requérants institutionnels dont le droit de recours est limité à la défense de leurs attributions constitutionnelles respectives.

pas sur l'invocabilité des règles juridiques, mais sur l'importance des conditions de recevabilité du recours. Les requérants institutionnels sont privilégiés, car réputés agir dans l'intérêt objectif du respect de la légalité de l'Union européenne. Ils sont ainsi dispensés de rapporter la preuve d'un intérêt à agir et peuvent contester tous les actes obligatoires des institutions européennes. Les personnes physiques ou morales ont la faculté de former un recours en annulation, mais dans des conditions plus strictes, dans la mesure où elles doivent rapporter la preuve qu'elles sont destinataires de l'acte contesté, ou que ce dernier les concerne « *directement et individuellement* ». En droit français, la différenciation de régime de l'invocabilité d'une norme en fonction de la qualité du requérant, personne morale de droit public ou personne privée, ne peut exister que dans le cadre de l'emploi du critère subjectif d'applicabilité¹⁶⁵⁹. Dans cette mesure, seules les solutions du contentieux administratif peuvent permettre d'établir une analyse fondée sur la variation du potentiel d'invocabilité d'une stipulation internationale de nature interétatique en fonction de la qualité du requérant.

Toutefois, le principal problème juridique qui se pose en cas d'action contentieuse formée par un État étranger devant le juge administratif français n'est pas un problème d'invocabilité des normes fondant les moyens du requérant, mais une épineuse question de recevabilité du recours. Or, comme l'estime Denis ALLAND, « *la recevabilité du recours d'un État étranger évacue le problème de l'applicabilité directe – en quelque sens que l'on entende l'expression – et exclut la question de l'effet direct* »¹⁶⁶⁰. Une fois la recevabilité du recours d'un État étranger admise, l'application du critère subjectif d'applicabilité perd tout son sens. En revanche, un individu qui cherche à se prévaloir d'une stipulation internationale doit établir qu'il en est le destinataire direct et qu'il peut en tirer un droit justiciable. Un État partie à une convention internationale est naturellement plus à même d'être le destinataire direct des stipulations de cette convention, lui conférant nécessairement des droits et obligations. Ainsi, « *le demandeur est un État, contrairement au particulier il est donc*

¹⁶⁵⁹ Selon lequel les stipulations internationales ne sont applicables, et donc invocables, que pour autant qu'elles ne se bornent pas à créer des droits et des obligations pour les États parties.

¹⁶⁶⁰ ALLAND D., *L'applicabilité directe du droit international considérée du point de vue de l'office du juge : des habits neufs pour une vieille dame ?*, R.G.D.I.P., 1998, p. 203 à 244, p. 241.

presque automatiquement titulaire des droits qui sont inscrits dans la convention. Sa situation au regard de l'invocabilité des normes internationales est radicalement différente de celle du particulier, personne physique, à propos de qui un "tri" s'opère entre les dispositions qu'il est en droit d'invoquer et celles qui ne créent des obligations qu'entre États »¹⁶⁶¹.

Cette conclusion logique résulte également de l'analyse de la formulation des arrêts relatifs à l'invocabilité des stipulations internationales par une personne privée. Si le requérant est une personne privée invoquant une stipulation internationale ne conférant de droits et obligations qu'aux États, le juge estime que « *ces stipulations, qui ne produisent pas d'effets directs à l'égard des particuliers, ne peuvent être utilement invoquées* »¹⁶⁶². Il est intéressant de remarquer que la formule ne se contente pas de constater l'absence d'effet direct, mais l'absence « *d'effets directs à l'égard des particuliers* ». Dans cette mesure, *a contrario*, elle peut potentiellement produire un effet direct à l'égard des États, qui ont la qualité de destinataires directs de la stipulation, et peuvent, par conséquent, potentiellement s'en prévaloir. Tel est le raisonnement développé par le commissaire du Gouvernement Ronny ABRAHAM, partant de la recevabilité d'un État étranger à contester devant le juge administratif une décision lui faisant grief en se fondant sur la méconnaissance d'un engagement international liant la France à l'État requérant : « *on voit mal pourquoi la circonstance que la règle dont la violation est invoquée crée seulement des droits et obligations pour les États parties ferait obstacle à l'invocation de cette règle, puisqu'il s'agit justement, pour l'État requérant, de se plaindre de la méconnaissance du droit qu'il tient du traité. Il faut donc admettre, dans ce cas, l'invocabilité de la stipulation dépourvue d'effet direct : toute autre solution, outre qu'elle heurterait le bon sens, ce qui ne suffit sans doute pas à la condamner, reposerait sur le postulat que la stipulation dépourvue d'effet direct ne s'est pas du tout incorporée à l'ordre juridique national, de telle sorte qu'elle ne pourrait trouver sa sanction*

¹⁶⁶¹ ALLAND D., note sous CE 14 décembre 1994, *Confédération helvétique*, in *Jurisprudence française en matière de droit international*, R.G.D.I.P., 1995, p. 705 à 712, p. 710.

¹⁶⁶² Selon la formule de principe fixée par CE Sect. 23 avril 1997, *Groupelement d'information et de soutien des travailleurs immigrés (G.I.S.T.I.)*, précité ; constamment et régulièrement reprise depuis. Pour un exemple récent relatif à l'article 10 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, et aux articles 12 et 13 de la Charte sociale européenne révisée, voir CE 23 décembre 2010, *Association Aides, Association des familles victimes du saturnisme (A.F.V.S.)*, *Comité médical pour les exilés (C.O.M.E.D.E.) et Groupelement d'information et de soutien des travailleurs immigrés (G.I.S.T.I.)*, Rec., Tables, p. 774 et p. 991 ; A.J.D.A., 2011, p. 463, concl. C. LANDAIS.

que devant le juge international, mais ce postulat est certainement erroné, nous y reviendrons dans un instant. Et dès lors que vous acceptez d'être saisis d'un litige entre États, il serait pour le moins paradoxal d'interdire à l'État requérant de se prévaloir de celles des stipulations des traités qui le lient à la France dont l'objet est précisément de lui garantir un droit dont il est l'unique titulaire »¹⁶⁶³.

Partant, cette théorie se fonde sur une conception particulière de l'effet direct, comme l'effet que produit la norme sur son destinataire direct. La norme est directement applicable et opposable à ses destinataires, en conséquence, l'invocabilité est un droit propre au destinataire direct de la norme qui lui est adressée. Ce raisonnement, largement empreint de la logique fondamentalement contractualiste et volontariste dominante en droit international, est adopté par le juge français dans l'appréciation du critère subjectif d'applicabilité. Il est intéressant de noter que cette démarche intellectuelle liant l'opposabilité de la règle à son invocabilité est similaire à celle adoptée par le juge administratif en matière de recevabilité du recours contentieux contre les circulaires et directives administratives.

2. L'invocation par un individu

Le refus de l'invocabilité par un justiciable, individu ou personne morale de droit privé, est conçu comme la conséquence logique que ce dernier ne peut se prévaloir d'une norme non directement applicable. Dans ces célèbres conclusions sur l'affaire *G.I.S.T.I.* de 1997, le commissaire du Gouvernement Ronny ABRAHAM affirme que « l'effet direct est écarté lorsque l'objet même de la norme conventionnelle est de régler exclusivement les relations entre les États parties et non pas de garantir des droits au bénéfice des particuliers. Dans ce cas, ce qui conduit à écarter l'effet direct, c'est la considération que les destinataires de la règle posée ne sont pas les individus, de telle sorte que ceux-ci sont sans qualité pour s'en prévaloir »¹⁶⁶⁴. Cette impossibilité est fondée sur plusieurs causes.

¹⁶⁶³ ABRAHAM R., concl. sur CE Sect. 23 avril 1997, *Groupement d'information et de soutien des travailleurs immigrés (G.I.S.T.I.)*, R.F.D.A., p. 585 à 596, p. 589.

¹⁶⁶⁴ ABRAHAM R., *idem*, p. 589.

En premier lieu, les normes non directement applicables ont généralement pour destinataires directs les États ou certaines autorités étatiques, pas les individus. Leur applicabilité est directe sur les pouvoirs publics normatifs, ces derniers étant supposés prendre certaines mesures qui, elles, ont pour destinataires directs les individus. Du fait du jeu de la séparation des pouvoirs, le juge ne saurait servir d'intermédiaire entre la norme et le justiciable sans outrepasser sa compétence, en dehors de procédures spécialement édictées pour lui permettre de constater et sanctionner la carence des autorités publiques. En second lieu, certaines normes non directement applicables existent dans l'ordre juridique, mais n'existent pas ou pas encore réellement dans l'ordre social : tel est le cas emblématique des normes consacrant des droits à prestations, qui ne peuvent se concrétiser tant que certaines structures et certains moyens concrets ne sont pas mis en place, ou encore des normes pour lesquelles une réalisation progressive sur le long terme est expressément envisagée.

Par ailleurs, il convient d'étudier le raisonnement développé sur la conditionnalité de l'invocabilité par la qualité de destinataire dans le cadre du fonctionnement des critères objectifs et subjectifs d'applicabilité. Le critère objectif de « perfection » de la norme juridique renvoie à l'interdiction faite au juge de faire œuvre normatrice et peut se déterminer par la négative notamment à partir de la définition donnée à la disposition auto-exécutoire par la Cour de justice de l'Union européenne : *« une disposition d'un accord conclu par la Communauté avec des pays tiers doit être considérée comme étant d'application directe lorsque, eu égard à ses termes ainsi qu'à son objet et à la nature de l'accord, elle comporte une obligation claire et précise qui n'est subordonnée, dans son exécution ou dans ses effets, à l'intervention d'un acte ultérieur »*¹⁶⁶⁵. Dans ce cas, tant la nature que le contenu de l'obligation énoncée dans la règle ne permettent d'établir un lien logique direct entre la norme et le justiciable.

Quant au jeu du critère tenant à ce que l'objet même de la stipulation conventionnelle ne se borne pas à régler exclusivement les relations entre les États

¹⁶⁶⁵ CJCE 30 septembre 1987, *Meryem Demirel c. Ville de Schwäbisch Gmünd*, 12/86, Rec. p. 3719, point 14, p. 3752.

parties, il est évident de constater que les individus sont, *a priori*, « étrangers juridiques » à ce type de stipulations. Il est presque possible de concevoir que le justiciable ne peut se prévaloir d'une telle règle car il n'entre pas dans son champ d'application. *A contrario*, la stipulation internationale instaurant des droits subjectifs au bénéfice des individus crée directement la qualité de destinataire dont le justiciable tire la possibilité de l'invoquer. La position doctrinale et juridictionnelle est résumée, pour le droit international, par Hélène TIGROUDJA, mais peut aisément être extrapolée pour l'ensemble des normes non directement applicables : « *une première précision doit cependant être faite concernant la notion de « destinataire de la règle ». En effet, il peut sembler difficile de distinguer ce second critère de l'effet direct du premier tenant à la norme incomplète car dans ce dernier cas, le juge considère que le véritable destinataire de la norme imparfaite est non pas le particulier mais les organes de l'État chargés de la mettre en œuvre. Cependant, il faut bien distinguer les deux hypothèses : dans l'hypothèse de la norme juridique incomplète, les particuliers peuvent être visés par le contenu de la règle internationale mais ils n'en sont pas les destinataires directs au sens où l'obligation d'aménagement pèse sur les organes de l'État. Dans le second cas évoqué par M. Abraham, les États sont destinataires de la norme, non pas uniquement au sens où ils sont débiteurs d'une obligation de comportement, mais aussi au sens où l'objet de la norme est de régler les relations entre ces sujets de droit international. M. Carreau parle de "droit à dominante interétatique"¹⁶⁶⁶ et dans la jurisprudence du Conseil d'État, le droit de l'extradition est présenté comme une illustration de ce type de normes »¹⁶⁶⁷. Il est pourtant important de constater que le régime contentieux des directives européennes, en particulier, présente une spécificité remarquable en termes d'invocabilité et ce, avant même l'abandon de la jurisprudence *Cohn-Bendit*¹⁶⁶⁸. En effet, les directives ont, par définition, pour destinataires les États membres de l'Union européenne, en vertu de la lettre de l'énoncé de l'alinéa 3 de l'article 288 du T.F.U.E. : « *La directive lie tout État**

¹⁶⁶⁶ CARREAU D., *Droit international*, Paris, Pedone, 1999, n° 1219. Cité par Hélène TIGROUDJA H., *Le juge administratif français et l'effet direct des engagements internationaux*, R.F.D.A., 2003, p. 154 à 168, note 24, p. 158.

¹⁶⁶⁷ TIGROUDJA H., *Le juge administratif français et l'effet direct des engagements internationaux*, R.F.D.A., 2003, p. 154 à 168, p. 158.

¹⁶⁶⁸ CE Ass. 22 décembre 1978, *Ministre de l'Intérieur c. Cohn-Bendit*, précité.

membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens ».

Cette singularité peut notamment s'expliquer par l'établissement d'une distinction en fonction de la qualification à apporter à la norme non directement applicable considérée. La logique commande que la détermination de l'effet juridique d'une norme soit conditionnée par la position du sujet auquel elle s'applique. Ainsi, les États ou les autorités publiques sont placés dans une position de débiteur d'une obligation de faire ou de titulaire d'une réserve de compétence par la norme non directement applicable. En revanche, les destinataires finaux de la règle peuvent être des sujets de droit ordinaires. Dans l'hypothèse où la formulation de la norme non directement applicable s'analyse matériellement comme une simple réserve de compétence, l'État ou ses organes sont institués comme titulaires d'une compétence à l'exercice facultatif, la qualité de destinataire direct de la norme ne peut en aucun cas échoir au justiciable. Partant, il n'y a pas de lien entre la norme, l'autorité compétente et le justiciable, qui ne peut ainsi s'en prévaloir, ni reprocher une défaillance dans l'exercice de sa compétence à l'autorité publique, dans la mesure où ce dernier n'est pas juridiquement contraint. En revanche, dans le cas où la norme non directement applicable pose une obligation de faire, l'État ou les organes étatiques compétents sont en position de débiteurs. Le justiciable, dans la mesure où il est affecté par la violation de cette obligation, peut prétendre, non pas à se prévaloir des dispositions de la norme non directement applicable au sens strict, mais à contester les conséquences de la violation de cette obligation. Dans cette optique, la qualité d'obligé de l'État ou de l'autorité publique se combine à la qualité de l'individu, destinataire final de la règle. Le mécanisme de l'invocabilité est admis car le destinataire final de la règle tire de cette qualité la possibilité de se prévaloir de la norme non directement applicable à l'encontre de l'obligé. Ce schéma se concrétise dans les solutions contentieuses relatives aux directives européennes non transposées, et aux textes pour lesquels l'administration est soumise à l'exercice obligatoire du pouvoir d'application des textes.

B – Une admission de l’invocabilité artificiellement liée à la qualité de destinataire de la norme

Bien que le lien théorique entre l’invocabilité de la règle juridique et la qualité de destinataire direct semble fondé, l’analyse de la jurisprudence reste indispensable à la détermination de l’ampleur de l’influence de ce critère sur le potentiel d’invocabilité des normes non directement applicables. Il ressort de cette étude que la réalité du contentieux est plus nuancée et ne reflète pas d’application mécanique de ce critère dans le cas, certes rare et très particulier, où « l’invocateur » est une autorité publique (1). De surcroît, pour l’hypothèse majoritaire, il ressort de l’analyse que le critère du destinataire employé par le juge est spécifique, et difficilement discernable des notions de la qualité de titulaire de droits subjectifs (2).

1. Les incertitudes quant à l’importance de la conditionnalité de l’admission de l’invocabilité par la qualité de destinataire de la norme dans la réalité du contentieux

Il n’existe que trois affaires dans le cadre desquelles l’hypothèse de l’invocation d’une stipulation internationale par un État étranger s’est réalisée. La recevabilité des autorités étatiques étrangères à former un recours devant le juge administratif français est admise, dans un premier temps, à l’occasion de l’affaire *Société Les mines de potasse d’Alsace c. Province de la Hollande septentrionale et autres*¹⁶⁶⁹. Le Conseil d’État, sans se prononcer explicitement sur la recevabilité des requêtes des collectivités étrangères¹⁶⁷⁰, procède à l’examen du recours au fond, tout en affirmant « aucune disposition du droit interne, ni aucune stipulation du droit international ne faisait obstacle, à la date à laquelle sont intervenus les arrêtés du 22 décembre 1980, au principe de la délivrance d’autorisation de rejet d’effluents, ni, par voie de conséquence, à la faculté pour

¹⁶⁶⁹ CE Sect. 18 avril 1986, *Société Les mines de potasse d’Alsace c. Province de la Hollande septentrionale et autres*, Rec. p. 116 ; R.G.D.I.P., p. 597, note J.-F. CHAMBAULT ; A.J.D.A., p. 292, chron. M. AZIBERT et M. FORNACCIARI ; R.F.D.A., 1987, p. 479, concl. M. DANDELOT, note D. RUZIÉ, p. 492.

¹⁶⁷⁰ En l’espèce, il est possible de citer, entre autres, la Province de Hollande septentrionale (collectivité territoriale relevant du statut défini par les articles 142 et suivants de la Constitution néerlandaise), la ville d’Amsterdam (agissant au nom du service municipal en charge de la distribution d’eau), les Wateringues (personnes morales de droit public).

l'administration d'adopter la mesure conservatoire et provisoire ci-dessus analysée ; considérant, en second lieu, qu'en raison du caractère et de l'objet de ladite mesure, tous les moyens tirés de la méconnaissance tant des règles de procédure que des conditions de fond régissant la délivrance des autorisations de rejet sont inopérants ; qu'il en est ainsi, notamment, de la prétendue violation(...) en tout état de cause, des engagements internationaux qui résulteraient de la Convention de Lucerne du 18 mai 1887, de l'échange de lettre franco-néerlandais du 3 décembre 1976 ou des directives du Conseil des communautés européennes en date des 16 juin 1975, 18 juillet 1978 et 15 juillet 1980 ». Il est nécessaire de préciser la nature des normes de droit international invoquées en l'espèce, afin de vérifier la pertinence de l'hypothèse de l'admission de l'invocabilité par un État ou une autorité publique. La première est la Convention de Lucerne dont l'applicabilité est discutée par le commissaire du Gouvernement, qui conclut à son inaptitude à produire des effets directs en droit interne à la lecture de l'article 12. Cette convention prévoit que les États s'engagent à appliquer « *dans toute la mesure du possible dans les lois et ordonnances sur l'exercice de la pêche les dispositions contenues dans les articles 1 à 11* ». La deuxième est la convention de Bonn, enrichie d'un échange de lettres franco-néerlandais, « *mais indépendamment de toute interrogation sur l'effet direct de cet accord en droit interne on peut constater que la non-publication empêchait de toutes façon son invocabilité* »¹⁶⁷¹. La troisième n'est pas mentionnée dans le texte de l'arrêt, et est un principe coutumier du droit international adapté au domaine de l'environnement¹⁶⁷², qui se heurte à la hiérarchie des normes résultant de la lettre de

¹⁶⁷¹ DANDELLOT M., concl. sur CE Sect. 18 avril 1986, *Société Les mines de potasse d'Alsace c. Province de la Hollande septentrionale et autres*, R.F.D.A., 1987, p. 479 à 491, p. 486.

¹⁶⁷² « *L'administration doit veiller à ne pas permettre des activités pouvant avoir hors du territoire national des conséquences nuisibles, graves et anormales* ». Cf. M. DANDELLOT, *ibidem*, p. 486.

l'article 55 de la Constitution¹⁶⁷³. Les conclusions du commissaire du Gouvernement Marc DANDELOT évoquent l'opportunité d'appliquer la théorie dégagée par Nicole QUESTIAUX dans ses conclusions sur l'arrêt *Société Ignazio Messina et Cie*¹⁶⁷⁴, selon laquelle il est possible pour le juge administratif de transformer un principe général du droit international en principe général du droit interne. Mais le rappel de la démarche classique visant à la reconnaissance d'un principe général du droit conduit à conclure à une impossibilité en l'espèce : « *il faut tenir compte non seulement de l'importance du principe, mais de sa précision et de son aptitude à conférer des droits directs aux particuliers. Il y a dans cette démarche une certaine convergence avec celle qui est la vôtre lorsqu'il s'agit de dégager l'effet direct des stipulations d'une convention internationale, (...). Or, aussi recommandable que soit pour la conduite des États le principe du « bon gouvernement » il s'agit d'un principe si imprécis que son admission au Panthéon des principes généraux du droit nous paraît devoir être refusée* »¹⁶⁷⁵. Les dernières sont des directives européennes, auxquelles est opposée la solution de la jurisprudence *Cohn-*

¹⁶⁷³ Cette position, affirmée par la suite dans l'arrêt CE Ass. 6 juin 1997, *Aquarone* (Rec. p. 206, concl. G. BACHELIER ; Dr. fisc., n° 29, p. 961, comm. 836, concl. ; R.G.D.I.P., p. 838, concl., p. 1053, note D. ALLAND ; R.F.D.A., p. 1068, concl. ; A.J.D.A., p. 570, note D. CHAVALUX et T.-X. GIRARDOT ; J.C.P., G., II, 22945, note G. TEBOUL ; D.A., juillet 1997, comm. 250, p. 24, note G. TEBOUL ; L.P.A., n° 16, 6 février 1998, p. 18, note P.-M. MARTIN ; J.D.I., 1998, p. 93, note O. CHÂMES), est désormais révolue. Par une remarquable décision d'Assemblée, le Conseil d'État se reconnaît le pouvoir de contrôler le respect de la condition de réciprocité, en se fondant sur une règle issue de la coutume internationale : « *aux termes du 14^e alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 : La République française, fidèle à ses traditions, se conforme aux règles du droit public international ; qu'au nombre de ces règles figure la règle pacta sunt servanda, qui implique que tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi ; qu'aux termes de l'article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958 : Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie ; qu'il appartient au juge administratif, lorsqu'est soulevé devant lui un moyen tiré de ce qu'une décision administrative a à tort, sur le fondement de la réserve énoncée à l'article 55, soit écarté l'application de stipulations d'un traité international, soit fait application de ces stipulations, de vérifier si la condition de réciprocité est ou non remplie ; qu'à cette fin, il lui revient, dans l'exercice des pouvoirs d'instruction qui sont les siens, après avoir recueilli les observations du ministre des affaires étrangères et, le cas échéant, celles de l'État en cause, de soumettre ces observations au débat contradictoire, afin d'apprécier si des éléments de droit et de fait suffisamment probants au vu de l'ensemble des résultats de l'instruction sont de nature à établir que la condition tenant à l'application du traité par l'autre partie est, ou non, remplie* », CE Ass. 9 juillet 2010, *Mme Chériet-Benseghir*, Rec. p. 251, concl. G. DUMORTIER ; A.J.D.A., p. 1396, p. 1635, chron. S.-J. LIÉBER et D. BOTTEGHI ; D., p. 2868, obs. O. BOSKOVIC, S. CORNELOUP, F. JAULT-SESEKE, N. JOUBERT et K. PARROT ; R.F.D.A., p. 1133, concl., p. 1146, note J.-F. LACHAUME ; N.C.C.C., p. 206, note A. ROBLOT-TROIZIER ; D.A., n°10, octobre 2010, p. 131, note M. GAUTIER.

¹⁶⁷⁴ QUESTIAUX N., concl. sur CE 30 mars 1966, *Société Ignazio Messina et Cie*, R.D.P., 1966, p. 789 à 799, spé. p. 794 à 796.

¹⁶⁷⁵ DANDELOT M., *op. cit.*, p. 488.

*Bendit*¹⁶⁷⁶, illustrant la conception désormais révolue du juge administratif en la matière : la directive européenne est une norme qui, par nature, par définition ne peut être invoquée car elle ne peut être directement applicable. Ces quelques éléments ne vont pas dans le sens d'une confirmation de la thèse selon laquelle l'invocabilité par un État ou une autorité publique serait admise par le juge administratif pour les stipulations internationales dépourvues d'effet direct, mais il est nécessaire de prendre en compte les particularités des normes invoquées et l'ancienneté de l'affaire.

Dans un second temps, l'Assemblée du contentieux, confrontée à l'affaire *Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et Gouverneur de la colonie royale de Hong-Kong*¹⁶⁷⁷, réduit la catégorie des actes de gouvernement en estimant que « la décision rejetant une demande d'extradition est détachable de la conduite des relations diplomatiques de la France avec l'État dont émane cette demande ; que, par suite, la juridiction administrative est compétente pour connaître de la requête ». La Haute Assemblée admet la recevabilité d'un recours formé par le Royaume-Uni et le Gouverneur de Hong-Kong contre le rejet d'une demande d'extradition par le Garde des Sceaux. Le Conseil d'État fait application de la Convention franco-britannique d'extradition modifiée du 14 août 1876, notamment de son article 3, afin d'annuler le rejet de la demande d'extradition, prononcé par le Ministre de la Justice. Cette stipulation procède à une énumération des « crimes et délits pour lesquels il y aura lieu à extradition » et précise que « sont comprises dans les qualifications des actes donnant lieu à extradition, la complicité des faits ci-dessus mentionnés, lorsqu'elles sont punies par la législation des deux Pays ». Eu égard à cette formulation, il paraît raisonnable de penser que, dans d'autres circonstances, cet énoncé aurait été jugé « dépourvu d'effet direct » par le juge, estimant, par suite qu'un particulier « ne saurait utilement s'en prévaloir ».

¹⁶⁷⁶ CE Ass. 22 décembre 1978, *Ministre de l'Intérieur c. Cohn-Bendit*, précité.

¹⁶⁷⁷ CE Ass. 15 octobre 1993, *Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et Gouverneur de la colonie royale de Hong-Kong*, Rec. p. 267, concl. C. VIGOUROUX ; R.F.D.A., p. 1179, concl. ; A.J.D.A., p. 848, chron. C. MAUGÜÉ et L. TOUVET ; J.C.P., G., IV, 2643, obs. M.-C. ROUAULT ; R.F.D.A., 1994, p. 21, étude H. LABAYLE ; J.C.P., G., II, 1994, 22253, note P. ESPUGLAS ; J.D.I., 1994, p. 89, note J. CHAPPEZ ; Gaz. Pal., nos 37-39, 6-8 février 1994, p. 7, note D. CHABANOL ; D., 1994, p. 108, note F. JULIEN-LAFERRIÈRE ; R.D.P., 1994, p. 525, note F. FINES.

Enfin, un arrêt *Confédération helvétique*¹⁶⁷⁸ reprend la décision adoptée en 1993, mais dans le cadre de l'application de la Convention européenne d'extradition. Il est délicat de se prononcer sur la portée réelle de ces solutions, eu égard à la nature particulière des stipulations des conventions d'extradition et à la démarche casuiste qui inspire la matière. Il reste cependant important d'apporter quelques précisions quant au devenir du statut de cette convention depuis l'intervention de ce dernier arrêt. Dans une jurisprudence récente portant sur les stipulations de la Convention relative à l'extradition entre les États membres de l'Union européenne¹⁶⁷⁹, le Conseil d'État rappelle sa qualification classique des conventions d'extraditions. Elles sont assimilées, dans leur statut français, aux lois pénales de procédure : « *considérant que les Conventions d'extradition sont des lois de procédure qui, sauf stipulation contraire, sont applicables immédiatement aux faits survenus avant leur entrée en vigueur, même si elles ont un effet défavorable sur les intérêts de la personne réclamée* »¹⁶⁸⁰. Cette solution se combine à un vaste ensemble, comportant notamment le refus de l'effet direct à une obligation de consultation préalable prévue dans un accord bilatéral d'extradition par l'Assemblée du Conseil d'État¹⁶⁸¹, et le refus de celui d'une obligation de mise en liberté contenue dans la Convention franco-espagnole d'extradition de 1877 par la

¹⁶⁷⁸ CE 14 décembre 1994, *Confédération helvétique*, Rec. p. 549 ; A.J.D.A., 1995, p. 56, concl. C. VIGOUROUX ; J.C.P., G., II, 1995, 22389, note NGUYEN VAN TUONG ; J.D.I., 1995, p. 369, note F. JULIEN-LAFERRIÈRE ; D., Somm., 1995, p. 179, obs. F. JULIEN-LAFERRIÈRE ; R.D.P., 1995, p. 781, note J. CHAPPEZ : « *Considérant qu'aux termes de l'article 1er de la convention européenne d'extradition : "Obligation d'extrader. — Les parties contractantes s'engagent à se livrer réciproquement, selon les règles et sous les conditions déterminées par les articles suivants, les individus qui sont poursuivis pour une infraction ou recherchés aux fins d'exécution d'une mesure de sûreté par les autorités judiciaires de la partie requérante" ; Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que l'ensemble des conditions auxquelles la convention européenne d'extradition subordonne l'obligation d'extrader prévue par les dispositions précitées de son article 1er se trouvaient remplies dans le cas des ressortissants iraniens Taheri et Sharif-Esfahani recherchés pour assassinat par les autorités suisses et appréhendés le 16 novembre 1992 sur le territoire français ; que cette extradition a d'ailleurs été accordée par les décrets susmentionnés du 31 août 1993 ; que si le gouvernement soutient qu'à la date de la décision attaquée par laquelle il a prononcé le retrait de ces décrets des circonstances postérieures à leur signature en rendaient l'exécution illégale, il ne fournit en tout état de cause aucune précision sur la nature de ces circonstances ; que, dès lors, le Gouvernement suisse est fondé à soutenir que la décision attaquée est intervenue en violation de la convention européenne d'extradition et à demander qu'elle soit annulée pour ce motif* ».

¹⁶⁷⁹ La Haute juridiction considère que les stipulations de la Convention signée à Dublin le 27 septembre 1996 se sont substituées, entre les parties, à celles de la Convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957, à compter de leur entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2005.

¹⁶⁸⁰ CE 19 février 2009, *Nagiec*, n° 313824, inédit au Recueil Lebon ; CE 15 mai 2009, *Pisonero Alonso*, n° 315099, inédit au Recueil Lebon. Cf. C. SANTULLI, *Chronique de droit international*, R.F.D.A., 2009, p. 1031 à 1035, p. 1033.

¹⁶⁸¹ CE Ass. 8 mars 1985, *Garcia Henriquez*, précité.

Chambre criminelle de la Cour de cassation¹⁶⁸². La mise en perspective de ces décisions mène Carlo SANTULLI à déduire que « *les traités d'extradition seraient des lois de procédure lorsqu'il s'agit de permettre leur application à des infractions antérieures à leur entrée en vigueur, et des accords créant des obligations purement interétatiques lorsqu'ils soumettent à des exceptions procédurales les arrestations et les transfèrements qu'ils encadrent* »¹⁶⁸³.

2. Le lien entre l'effet direct, l'invocabilité et le titulaire de droits subjectifs

L'étude de la jurisprudence administrative, enrichie des conclusions des rapporteurs publics, permet d'établir un lien important entre les notions d'effet direct, d'invocabilité et de droits subjectifs. Ce lien se dévoile de manière particulièrement explicite à la lecture des conclusions du rapporteur public Mattias GUYOMAR sous l'affaire *Mme Perreux*¹⁶⁸⁴, proposant à la Haute Assemblée de revenir sur la jurisprudence *Cohn-Bendit*¹⁶⁸⁵ : « *la détermination de l'effet d'une norme dépend des destinataires de la règle posée. S'agissant des directives, il convient de bien distinguer les débiteurs de l'obligation de faire que sont les États-membres des destinataires finaux de la règle qui peuvent être les particuliers. Lorsque la directive pose un droit à leur profit, que celui-ci est défini de manière claire, complète, précise et inconditionnelle et que l'État a manqué à son obligation de transposition, les particuliers tirent de leur qualité de destinataire de la règle la faculté de s'en prévaloir devant le juge. Et s'ils peuvent l'invoquer à l'encontre de l'État, c'est précisément en raison de sa qualité d'obligé. Mais le caractère exclusif de cette qualité implique que ce droit subjectif ne peut être invoqué qu'à son encontre. C'est pourquoi l'effet direct ne peut être que vertical ascendant. Par nature, il ne pourra jamais être ni vertical descendant ni horizontal* »¹⁶⁸⁶.

Ce raisonnement fondateur de l'invocabilité est également applicable à d'autres actes juridiques et s'articule en plusieurs étapes. En premier lieu, la norme

¹⁶⁸² Cass. crim. 26 novembre 1985, n° 85-94.707, *Murillo-Rayego*, Bull. crim., n° 376.

¹⁶⁸³ SANTULLI C., *Chronique de droit international*, R.F.D.A., 2009, p. 1031 à 1035, p. 1033.

¹⁶⁸⁴ CE Ass. 30 octobre 2009, *Mme Perreux*, précité.

¹⁶⁸⁵ CE Ass. 22 décembre 1978, *Ministre de l'Intérieur c. Cohn-Bendit*, précité.

¹⁶⁸⁶ GUYOMAR M., concl. sur CE Ass. 30 octobre 2009, *Mme Perreux*, précitées, p. 1138.

doit établir une obligation incombant à son destinataire immédiat. Ce dernier est l'État ou un de ses organes, placés en situation de débiteur de l'obligation posée. À ce stade, il est possible de reprendre les observations du rapporteur public Mattias GUYOMAR pour les directives européennes, qui constate qu'« à vous en tenir au seul débiteur de l'obligation, à savoir l'État membre, il était logique de juger que les directives sont dépourvues d'effet vertical ascendant : si l'on considère que les directives s'adressent aux seuls États et ne font obligation qu'à eux, il s'ensuit que les particuliers ne sont pas les sujets de la règle de droit et n'ont pas vocation à se la voir immédiatement appliquer »¹⁶⁸⁷. En second lieu, la norme invoquée doit être de nature à créer directement des droits subjectifs au profit des particuliers. Or, cette condition a pour effet de conférer aux individus la qualité juridique de destinataires de la règle en tant que titulaires des droits qu'elle édicte. Cette observation confirme la force de l'intégration juridique matériellement et structurellement favorisée par le droit de l'Union européenne, qui se reflète dans le particularisme du régime contentieux des directives : « en imposant des obligations aux États membres, les traités font naître, par une sorte d'"effet réflexe", des droits au profit des individus qui doivent pouvoir exiger que le respect des obligations souscrites par les États membres soit assuré par les tribunaux nationaux. La "vigilance des particuliers intéressés à la sauvegarde de leurs droits" vient ainsi conforter le contrôle exercé par les institutions communautaires"¹⁶⁸⁸. Ces deux conditions cumulatives composent la notion d'effet direct retenue par la juridiction administrative : « de ce point de vue, l'effet direct des directives, c'est-à-dire leur aptitude à faire naître directement des droits subjectifs dans le chef des particuliers dont ceux-ci peuvent se prévaloir devant les juridictions nationales, constitue incontestablement une des clefs de l'intégration juridique »¹⁶⁸⁹.

Cette construction de l'invocabilité comme un mécanisme contentieux à la disposition du destinataire d'une norme juridique d'effet direct n'est que difficilement compatible avec les normes non directement applicables identifiées jusqu'à présent, notamment les stipulations internationales et les règles

¹⁶⁸⁷ GUYOMAR M., *op. cit.*, p. 1136.

¹⁶⁸⁸ SIMON D., *Le système juridique communautaire*, précité, p. 388. Partiellement cité par Mattias GUYOMAR, *op. cit.*, p. 1136.

constitutionnelles consacrant des droits-créances. En effet, les énoncés considérés comme non directement applicables par le juge, refusant d'admettre leur invocabilité, impliquent généralement des obligations dont la structure positive exige une prestation de l'État ou de ses autorités normatives¹⁶⁹⁰. Cette structure est conçue, par elle-même, comme nécessairement incompatible avec la faculté de « *faire naître directement des droits subjectifs dans le chef des particuliers* », condition de l'invocabilité. L'édition d'une norme, l'édition d'une norme de qualité, le respect des règles de compétence, la réalisation matérielle concrète des règles juridiques constituent, par nature, soit des obligations, soit des facultés pour les autorités publiques. Ces règles ne portent pas en elles de lien direct entre les autorités publiques et les individus, et ne sont susceptibles de bénéficier à ces derniers que de manière très indirecte.

L'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi est pleinement invocable par les autorités politiques compétentes, à l'encontre de la loi avant sa promulgation. Tel n'est pas le cas quand une personne privée entend s'en prévaloir dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité, ce qui est justifié au regard des conditions posées par l'article 61-1 de la Constitution : cette règle ne consacre pas de droit ou de liberté constitutionnellement garantis¹⁶⁹¹. Le Conseil conditionne l'admission de l'invocabilité de cet objectif à sa combinaison à un droit ou une liberté que la Constitution garantit et dont l'invocateur est destinataire. De plus, le Conseil d'État, dans l'exercice de sa fonction de filtrage, considère « *que la requérante ne peut utilement invoquer l'objectif d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui n'est pas au nombre des droits et libertés garantis par la Constitution* »¹⁶⁹². Comme en témoignent ces jurisprudences, il n'existe pas en principe de « droit à la norme », de « droit à une norme appropriée », de « droit au respect des règles de compétence », « de droit à la réalisation des prescriptions juridiques » etc.

¹⁶⁸⁹ GUYOMAR M., *op. cit.*, p. 1136.

¹⁶⁹⁰ Voir *supra*, « Une démarche aboutissant à associer l'applicabilité directe à la nature de l'obligation prescrite par la norme invoquée », p. 156.

¹⁶⁹¹ CC n° 2010-4/17 QPC, 22 juillet 2010, M. Alain C. et autres, Rec. p. 156, considérant 9, p. 158.

¹⁶⁹² CE 10 décembre 2010, *Conférence nationale des présidents des Unions régionales de médecins libéraux*, n° 342148, inédit au Recueil Lebon.

L'essentiel des difficultés pratiques et théoriques induites par un tel raisonnement résident à l'indétermination inhérente à la notion de droits subjectifs¹⁶⁹³ : « évoquer la notion de droit subjectif incite à juger avec modestie la certitude et la cohérence de la science juridique. Il est paradoxal, en effet, de constater, d'une part, l'usage quotidien du terme, le rôle qu'il joue dans la plupart des raisonnements et d'autre part, le caractère flou d'une notion sur la définition de laquelle personne ou presque ne parvient à s'accorder. De cette contradiction se dégage l'impression fâcheuse que l'on disserte beaucoup en laissant plus ou moins volontairement dans l'ombre les bases mêmes du débat et que bien des démonstrations sont entachées d'une lacune fondamentale dont il y a quelque hypocrisie à s'accommoder »¹⁶⁹⁴. « Sous diverses nuances, on définit en général le droit subjectif comme une prérogative reconnue à une personne par le droit objectif, pour la satisfaction d'un intérêt personnel »¹⁶⁹⁵. Les droits « sont des prérogatives que le « Droit » – ou Droit objectif– reconnaît à un individu ou à un groupe d'individus et dont ceux-ci peuvent se prévaloir dans leurs relations avec les autres, en invoquant, s'il y a lieu, la protection et l'aide des pouvoirs publics »¹⁶⁹⁶.

En conclusion, au-delà des apparences véhiculées par certaines formules de principe employées par le juge, les normes non directement applicables bénéficient

¹⁶⁹³ Comme le constate Norbert FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés : émergence d'un concept en droit administratif français du XIX^e au XX^e siècle*, Paris, Dalloz, Nouvelle bibliothèque des thèses, vol. 25, 2003, spé. p. 11 à 16. Pour une bibliographie indicative sur la notion : DABIN J., *Le droit subjectif*, Paris, Dalloz, 1952 ; ROUBIER P., *Droits subjectifs et situations juridiques*, Paris, Dalloz, 1963 ; *Le droit subjectif en question*, A.P.D., 1964, t. 9, spé. p. 1 à 176 ; COTTA S., *Droit subjectif*, A.P.D., 1990, *Vocabulaire fondamental du droit*, t. 35, p. 81 ; SÈVE R. et TERRÉ F., *Droit*, A.P.D., 1990, *Vocabulaire fondamental du droit*, t. 35, p. 43.

¹⁶⁹⁴ GHESTIN J., GOUBEAUX G., et FABRE-MAGNAN M., *Traité de droit civil, tome 1, Introduction générale*, Paris, L.G.D.J., 4^e éd., 1994, p. 126 ; cité par Norbert FOULQUIER, *op. cit.*, p. 12.

¹⁶⁹⁵ CORNU G., *Droit civil (Introduction, les personnes, les biens)*, Paris, Montchrestien, Domat, Collection Droit privé, 8^e éd., 1997, p. 31. Cité par Norbert FOULQUIER, *op. cit.*, p. 12, note 65. Cette définition s'inspire des critères de distinction dégagés par Jean DABIN, l'appartenance et la maîtrise, dépassant ainsi les définitions fondées sur une notion unique, comme celle de pouvoir, de volonté (*Willentheorie* de Friedrich Karl VON SAVIGNY), ou d'intérêt (Rudolf VON JHERING, opposant à l'idée kantienne et hégélienne de droit subjectif, définit le droit comme un « intérêt juridiquement protégé ». En ce sens, il doit être compris comme « bien, valeur » et la volonté individuelle en est exclue : *L'Esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, 3^e éd., trad. O. DE MEULENAERE, Paris, A. MARESCQ, 1878). « Pour Dabin, le droit subjectif est la prérogative concédée à une personne par le droit objectif, et qui consiste dans une permission juridiquement protégée, de disposer en maître d'un bien qui est reconnu lui appartenir comme sien ou comme son dû », ARNAUD A.-J., « Droit », in ARNAUD A.-J. (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, L.G.D.J., 2^e éd., 1993, p. 191.

¹⁶⁹⁶ TERRÉ F., *Introduction générale au droit*, Paris, Dalloz, Précis, 8^e éd., 2009, p. 3. Cité par FOULQUIER N., *op. cit.*, p. 12, note 65.

bien de possibilités d'invocation. L'invocabilité des normes non directement applicables se révèle être un mécanisme conditionné par de nombreux facteurs. Parmi les facteurs déterminants, l'existence d'une *interpositio legislatoris* ou d'une « législation-relais » illustre la nécessité d'une intervention normative entre la règle dépourvue d'applicabilité directe et l'individu. Il en va de même pour les normes issues du droit de l'Union européenne, qui bénéficient d'un régime contentieux spécifique et avantageux. En revanche, l'influence de la qualité de destinataire direct de la norme sur son invocabilité ne semble pas aussi importante.

Conclusion du Titre premier

En définitive, la notion d'invocabilité recouvre un ensemble de mécanismes proches mais distincts, qui se différencient en fonction du but recherché par le requérant : une interprétation conforme, l'exclusion d'une norme, la réparation d'un préjudice ou la substitution d'une norme à une autre. Le nombre des hypothèses comprises dans le seul terme d'invocabilité rend la notion complexe et équivoque. Ce constat se renforce à la lumière de l'importante variabilité du potentiel d'invocabilité des normes non directement applicables, fortement dépendant de facteurs internes ou externes à la règle invoquée, de nature normative et contentieuse. Plus encore, l'étude isolée de chacun de ces facteurs, toute chose égale par ailleurs, a révélé de nombreuses difficultés spécifiques. Ainsi, la notion d'invocabilité a révélé l'ampleur de sa complexité intrinsèque. L'étude explicative des variables inhérentes à l'invocabilité des normes non directement applicables se doit d'être complétée par une analyse spécifique des difficultés des solutions jurisprudentielles adoptées, afin de proposer quelques alternatives.

TITRE SECOND : UNE NOTION À RECONSTRUIRE

Les développements précédents ont permis de montrer que l'invocabilité des normes non directement applicable se réfère à de nombreuses situations distinctes, et peut varier en fonction de certains facteurs. La rigueur du juge quant à l'admission de l'invocabilité d'une norme semble s'articuler autour d'une combinaison de cinq principaux critères, dont l'appréciation se distingue par sa spécificité : la structure juridique de la norme invoquée, le droit applicable au contentieux, le cadre procédural de l'action, la qualité de « l'invocateur » et l'objet de l'action. Une étude systématique de la jurisprudence révèle de nombreuses solutions aux apparences contradictoires et dont l'incohérence est trop importante pour être considérée comme simplement accidentelle ou attribuée à la casuistique.

Il est difficile d'expliquer que le principe posé par les dispositions de l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, tantôt « *ne s'impose à l'autorité administrative, en l'absence de précision suffisante, que dans les conditions et les limites définies par les dispositions contenues dans les lois ou dans les conventions internationales incorporées au droit français ; que, par suite, M. Nait Saada ne saurait utilement, pour critiquer la légalité de l'arrêté de reconduite à la frontière attaqué, invoquer ce principe indépendamment desdites dispositions* »¹⁶⁹⁷ ; tantôt, s'agissant des dispositions des alinéas 10 et 11 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, que le juge admette l'examen du moyen au fond¹⁶⁹⁸. L'étude des techniques de substitution à l'applicabilité directe permet de donner certaines explications à la variété des solutions posées en matière d'invocabilité des normes non directement applicables

¹⁶⁹⁷ CE 28 juillet 2004, *Préfet de Police c. Nait Saada*, n° 253927, inédit au Recueil Lebon.

(Chapitre premier). Ces dernières révèlent toutes deux caractéristiques communes : la combinaison de normes et l'emploi de méthodes d'interprétation sophistiquées.

De plus, l'existence même de techniques de substitution à l'invocabilité directe des normes non directement applicables peut mener à conclure à un excès de complexité dans l'attitude du juge administratif, presque comparable à celui déployé pour les directives européennes non transposées sous l'empire de la jurisprudence *Cohn-Bendit*¹⁶⁹⁹. Le principe posé par cette solution était largement contourné en pratique par le jeu du mécanisme de l'exception d'illégalité, au point de considérablement vider de sa portée la décision de 1978. Le refus de l'invocabilité directe de certaines normes non directement applicables est l'occasion de nombreuses ambiguïtés fondamentales, principalement en raison de l'existence de possibilité de contournement de l'obstacle pour certaines normes et pas pour certaines autres. En pratique, l'invocabilité des normes non directement applicables ne correspond pas à leur applicabilité et, de surcroît, fait l'objet de divergences d'appréciation entre les différentes juridictions. L'admission de techniques de substitution à l'invocabilité directe des normes non directement applicables est une preuve de l'artificialité de la situation en révélant le manque de pertinence du rattachement de ces solutions à des fondements théoriques classiques, mais datés. Ajoutée au fait que les empêchements à l'invocabilité des normes non directement

¹⁶⁹⁸ CE 30 juin 2003, *Mme Kamardine*, Rec. p. 294 ; J.C.P., A., 1936, note J. MOREAU : « l'instauration d'un plafond pour le versement de prestations ayant pour objet d'apporter une aide financière à toute personne ayant des enfants à charge n'est pas, en elle-même, contraire aux dispositions précitées du Préambule de la Constitution de 1946 ; que, compte tenu notamment des autres aides contribuant à la réalisation de ces objectifs, et notamment des dispositions de l'article 15 de l'ordonnance attaquée confiant à la caisse gestionnaire des prestations familiales à Mayotte le soin d'exercer une action sociale en faveur des ressortissants du régime et de leurs familles, le Gouvernement n'a pas méconnu les dispositions précitées du Préambule de la Constitution ni, en tout état de cause, les dispositions de l'article L. 111-1 du code de la sécurité sociale qui en reprennent les principes, en fixant à trois le nombre maximal d'enfants ouvrant droit à des prestations familiales ».

¹⁶⁹⁹ CE Ass. 22 décembre 1978, *Ministre de l'Intérieur c. Cohn-Bendit*, précité.

applicables en amoindrissent la justiciabilité, il apparaît souhaitable d'analyser les possibilités de remaniement (Chapitre second).

Chapitre premier : Les techniques de substitution à l'invocabilité directe, manifestations des insuffisances du droit positif

Le juge, et en particulier le juge administratif, partant du lien strict entre applicabilité directe et invocabilité, oppose ainsi un empêchement insurmontable directement pour tout requérant qui entendrait se prévaloir d'une norme non directement applicable. Mais la formulation des arrêts reste sommaire et entretient parfois le doute sur l'invocabilité de certains énoncés ; tantôt admise, tantôt rejetée. Telle est par exemple la confusion persistante sur le statut contentieux de l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946¹⁷⁰⁰ qui, dans certains cas, « *ne s'impose à l'autorité administrative, en l'absence de précision suffisante, que dans les conditions et les limites définies par les dispositions contenues dans les lois ou dans les conventions internationales incorporées au droit français* »¹⁷⁰¹. Dans d'autres cas, le juge administratif examine le moyen soulevé par le requérant au fond, alors même que sont invoquées « *les garanties de protection de la santé publique découlant du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 auquel renvoie le préambule de la Constitution du 4 octobre 1958* »¹⁷⁰². Ainsi, le juge admet et utilise certaines techniques juridiques permettant de contourner l'obstacle, ou, en d'autres termes, d'obtenir un résultat identique à celui obtenu par l'invocabilité directe de la norme, mais par d'autres moyens. Il s'agit de

¹⁷⁰⁰ Selon lequel la Nation « *garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence* ».

¹⁷⁰¹ CE 28 juillet 2004, *Préfet de Police c. Nait Saada*, n° 253927, inédit au Recueil Lebon.

¹⁷⁰² CE 7 mai 1999, *Syndicat national des médecins biologistes et autres*, n° 190652, inédit au Recueil Lebon. Voir également CE 11 avril 2005, *Association pour la promotion de l'odontologie libérale*, Rec. p. 146 ; A.J.D.A., p. 1199 : « *par les dispositions de l'article L. 162-12 du code de la santé publique, le législateur a prévu qu'une tarification particulière, dite tarif d'autorité, s'appliquerait aux patients qui ont décidé de ne pas recourir, comme ils ont la possibilité de le faire, aux soins d'un praticien conventionné ; que, d'une part, en refusant de relever le niveau de ce tarif, lequel ne concerne que ceux des assurés sociaux qui, alors que seule une très faible proportion de praticiens n'ont pas adhéré à la convention type, ont néanmoins choisi de consulter un praticien non conventionné, les ministres compétents n'ont méconnu ni les exigences qui découlent du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 en matière de protection de la santé ni le principe du libre choix du praticien par le malade* ».

techniques de substitution à l'invocabilité directe¹⁷⁰³, qu'il est possible de regrouper en deux principales catégories.

En premier lieu, les solutions précédemment évoquées ne sont pas erratiques : le juge, admettant l'invocabilité de tels énoncés, justifie en réalité son raisonnement par un détour par l'application d'une norme directement applicable, pouvant servir d'intermédiaire normatif (Section I). Dans cette hypothèse, le juge fait une application contentieuse d'une norme directement applicable A, interprétée de telle sorte que son contenu coïncide – au moins pour partie – avec une norme non directement applicable B. En second lieu, le juge peut également admettre l'invocabilité d'une norme non directement applicable en ce qu'elle s'insère dans une combinaison normative. Certains mécanismes combinatoires ont déjà été envisagés dans le cadre de cette étude, notamment le recours à l'admission de l'invocabilité directe de l'*interpositio legislatoris*. Le verbe « combiner » dérive du latin *combinare*, décrivant le fait « d'unir deux choses ensemble »¹⁷⁰⁴, et qui signifie « assembler, disposer dans un certain ordre, allier dans certaines proportions »¹⁷⁰⁵, « réunir (des éléments), le plus souvent dans un arrangement déterminé », ou encore « organiser dans un but précis »¹⁷⁰⁶. La référence à l'invocabilité par combinaison de normes mène à envisager tant l'action de combiner que le résultat de cette action sur le potentiel d'invocabilité des normes non directement applicables (Section II). Dans cette hypothèse, le juge fait une utilisation simultanée de plusieurs normes, invoquées comme un ensemble.

Section I : Le détour par une règle directement applicable

Le détour par une règle directement applicable permettant l'utilisation contentieuse d'une norme non directement applicable peut se concrétiser dans deux

¹⁷⁰³ L'expression « techniques de substitution » se réfère à la fois à l'action de substituer et à son résultat.

¹⁷⁰⁴ BLOCH O. et VON WARTBURG W., *Dictionnaire étymologique de la langue française*, Paris, P.U.F., Quadrige, 3^e éd., 2008. Ve « Combiner », p. 143.

¹⁷⁰⁵ *Dictionnaire de l'Académie Française*, 9^e édition, v^e « Combiner ».

¹⁷⁰⁶ Le Nouveau Petit Robert, *Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, v^e « Combiner ».

principales séries d'hypothèses, correspondant aux deux principaux « symptômes » déduits de l'absence d'applicabilité directe : l'absence d'invocabilité de la norme « seule » (par elle-même) et l'absence d'invocabilité à l'encontre des actes administratifs individuels. D'une part, le juge peut expressément employer dans ses motifs une règle directement applicable, interprétée de telle sorte qu'une autre règle – dépourvue d'applicabilité directe – soit utilisée comme norme de référence. Cette méthode ancienne consiste notamment pour le juge à dégager un principe général du droit directement inspiré de l'énoncé de la norme non directement applicable concernée. Dans cette optique, le juge a recours à la « fabrication » d'une norme directement applicable, ayant pour effet une application de la norme non directement applicable qui en est à la source (Paragraphe I). D'autre part, au lieu de choisir d'invoquer une norme non directement applicable à l'appui d'un moyen, le requérant peut préférer recourir à l'exception d'illégalité. Il est ainsi possible d'obtenir l'annulation d'un acte administratif individuel dépourvu de base légale, car fondé sur un acte réglementaire incompatible avec les dispositions non directement applicables d'une directive européenne non transposée. En revanche, toute demande faite au juge de contrôler directement la conformité d'un acte administratif non réglementaire à ces dispositions est vouée à l'échec¹⁷⁰⁷.

Paragraphe I : La technique des principes généraux du droit comme instrument d'applicabilité sélective

De prime abord, le recours aux principes généraux du droit comme instrument d'application des dispositions du Préambule constitutionnel semble *a priori* reposer sur une démarche ancienne. Cette technique n'est pas obsolète pour autant dans la mesure où les enjeux d'un tel raisonnement ne reposent plus sur des considérations identiques. Alors que le recours aux principes généraux du droit est utilisé – à l'origine – dans un contexte de doute quant à la juridicité des dispositions des préambules constitutionnels, il a aujourd'hui pour effet de contourner les obstacles liés à l'applicabilité de certaines de ces dispositions. Il est nécessaire de

¹⁷⁰⁷ CE Ass. 30 octobre 2009, *Mme Perreux*, précité ; CE, avis, 21 mars 2011, *Jin et Thiero*, précité.

démontrer l'utilisation par le juge de la découverte de principes généraux du droit comme technique de substitution à l'applicabilité directe (A), avant de tenter de comprendre le but d'un tel détour (B).

A – Le recours aux principes généraux du droit comme technique de substitution à l'applicabilité directe

Une étude concrète de la jurisprudence du juge administratif permet de remarquer l'emploi de principes généraux du droit, directement applicables, aux lieu et place d'une norme non directement applicable qui a servi de fondement à leur création (1). Cette technique juridictionnelle a pour effet de contourner les obstacles à l'applicabilité des normes non directement applicables dont est tiré le refus de leur invocabilité. Mais seule une partie du contenu matériel de la norme non directement applicable est réellement utilisée par le juge (2).

1. Le recours aux principes comme technique de substitution à l'applicabilité directe

Le juge administratif a pour méthode de dégager des principes généraux du droit, notamment inspiré par les énoncés des principes particulièrement nécessaires à notre temps figurant dans les alinéas du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946. Le recours à cette technique est fréquent pour certaines normes non directement applicables permettant ainsi de contourner les obstacles à leur justiciabilité en utilisant la médiation d'un principe prétorien. Cette solution indirecte permet au juge de fonder sa décision sur une règle non-écrite dont il maîtrise la définition et l'application, tout en conservant la légitimité de son raisonnement par la source textuelle du principe ainsi découvert. Trois exemples précis semblent révélateurs de la démarche.

Le premier exemple est le principe général du droit à mener une vie familiale normale dégagé par le juge à partir de l'alinéa 10 du Préambule de la Constitution de 1946, utilisé indépendamment de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales : « *il résulte des*

*principes généraux du droit et, notamment, du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 auquel se réfère la Constitution du 4 octobre 1958 que les étrangers résidant régulièrement en France ont, comme les nationaux, le droit de mener une vie familiale normale ; que ce droit comporte, en particulier, la faculté pour ces étrangers, de faire venir auprès d'eux leur conjoint et leurs enfants mineurs ; que, s'il appartient au Gouvernement, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, et sous réserve des engagements internationaux de la France de définir les conditions d'exercice de ce droit pour en concilier le principe avec les nécessités tenant à l'ordre public et à la protection sociale des étrangers et de leur famille, ledit gouvernement ne peut interdire par voie de mesure générale l'occupation d'un emploi par les membres des familles des ressortissants étrangers ; que le décret attaqué est ainsi illégal et doit, en conséquence, être annulé »¹⁷⁰⁸. Quelques temps plus tard, à l'occasion de l'affaire *Fédération des fonctionnaires agents et ouvriers de la fonction publique et autre*¹⁷⁰⁹, l'alinéa 10 est littéralement repris et consacré en tant que principe général : « si l'institution de critères de ressources en matière de droit aux prestations familiales touche à un principe fondamental de la sécurité sociale, l'assemblée territoriale de Nouvelle-Calédonie était compétente, en vertu des dispositions précitées, pour adopter de telles mesures qui relèvent de la législation territoriale, sans qu'y puissent faire obstacle ni l'existence de dispositions législatives antérieures ni aucun principe général du droit applicable en la matière ; que les modalités de détermination des seuils de revenus qu'a arrêtées l'assemblée territoriale ne portent pas atteinte, en l'espèce, au principe général en vertu duquel la nation assure à la famille les conditions nécessaires à son développement et garantit, notamment à l'enfant et à la mère, la sécurité matérielle ». Ce dernier principe est réaffirmé*

¹⁷⁰⁸ CE Ass. 8 décembre 1978, *Groupement d'information des travailleurs immigrés (G.I.S.T.I.), Confédération française démocratique du travail (C.F.D.T.) et Confédération générale du travail (C.G.T.)*, Rec. p. 493, concl. P. DONDOUX ; A.J.D.A., 1979, p. 38, chron. O. DUTHEILLET DE LAMOTHE et Y. ROBINEAU ; Dr. Soc., 1979, p. 57, concl. ; Dr. ouvrier, 1979, p. 1, note M. BONNECHÈRE ; G.A.J.A. n° 87. Ce droit est également qualifiable de liberté fondamentale par le juge du référé-liberté, sans que son fondement textuel soit cité (les visas de l'ordonnance mentionnent notamment la Constitution et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales), CE, ord. réf., 30 octobre 2001, *Ministre de l'intérieur c. Mme Tliba*, n° 238211, Rec. p. 523 ; A.J.D.A., p. 1054, chron. M. GUYOMAR et P. COLLIN : « en ce qu'il a pour objet de préserver des ingérences excessives de l'autorité publique la liberté qu'a toute personne de vivre avec sa famille, le droit de mener une vie familiale normale constitue une liberté fondamentale au sens des dispositions précitées de l'article L. 521-2 du code de justice administrative ».

¹⁷⁰⁹ CE Sect. 6 juin 1986, *Fédération des fonctionnaires agents et ouvriers de la fonction publique et autre*, Rec. p. 158 ; A.J.D.A., p. 421, chron. M. AZIBERT et M. DE BOISDEFFRE ; Dr. Soc., p. 725, concl. J. MASSOT.

ultérieurement, dans l'affaire *Union nationale des associations familiales*¹⁷¹⁰ : « eu égard à leur portée, les textes attaqués ne sont pas contraires au principe exprimé dans le préambule de la Constitution de 1946 selon lequel “La nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement” ».

Le deuxième exemple concerne l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946 dont l'applicabilité directe pose question. La variété des formules employées par le juge et leur caractère parfois contradictoire mènent à la confusion. Dans certains cas, ce texte « ne s'impose à l'autorité administrative, en l'absence de précision suffisante, que dans les conditions et les limites définies par les dispositions contenues dans les lois ou dans les conventions internationales incorporées au droit français »¹⁷¹¹. Dans le cadre d'autres espèces, la Haute juridiction reconnaît l'applicabilité directe des « garanties de protection de la santé publique découlant du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 auquel renvoie le préambule de la Constitution du 4 octobre 1958 »¹⁷¹², du « principe de protection de la santé garanti par le préambule de la Constitution de 1946 auquel se réfère le préambule de la Constitution de 1958 »¹⁷¹³, des « exigences qui découlent du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 en matière de protection de la santé »¹⁷¹⁴. L'énoncé, selon lequel la Nation « garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence », n'est pas visé en lui-même, mais sert de fondement juridique à certains principes ou garanties dégagés par le juge, comme en témoigne la formulation déjà ancienne de l'arrêt *Association nationale des assistantes sociales et des assistants sociaux et autres* : « le décret attaqué ne porte à aucun des principes généraux du droits garantis par le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, auquel se réfère le

¹⁷¹⁰ CE 7 mars 1990, *Union nationale des associations familiales (U.N.A.F.)*, Rec., Tables, p. 541.

¹⁷¹¹ CE 28 juillet 2004, *Préfet de Police c. Nait Saada*, n° 253927, inédit au Recueil Lebon.

¹⁷¹² CE 7 mai 1999, *Syndicat national des médecins biologistes et autres*, n° 190652, inédit au Recueil Lebon.

¹⁷¹³ CE 29 décembre 2000, *Syndicat national des masseurs-kinésithérapeutes rééducateurs*, Rec., Tables, p. 801 et p. 1209.

préambule de la Constitution du 4 octobre 1958, et notamment aux garanties accordées à tous pour la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs, une atteinte de nature à entacher d'illégalité les dispositions dudit décret »¹⁷¹⁵. Cette démarche du Conseil d'État s'inscrit dans la continuité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, alors même que ce dernier manifeste une conception de l'applicabilité plus large¹⁷¹⁶.

Enfin, il a déjà été souligné que, traditionnellement, le texte de l'alinéa 12 du Préambule de la Constitution de 1946 n'est pas considéré comme de nature à pouvoir servir de base à une action contentieuse sans disposition législative complémentaire en assurant l'application¹⁷¹⁷. L'invocabilité de cet énoncé n'est pas davantage admise dans le cadre d'un contentieux objectif, le Conseil d'État précise que « *le principe ainsi posé ne s'impose au pouvoir réglementaire que dans les conditions et limites fixées par les dispositions législatives prises pour en assurer l'application* »¹⁷¹⁸. La jurisprudence ultérieure sème le doute sur les raisons de l'admission de l'invocabilité de l'alinéa 12 : « *le Premier ministre pouvait, dans l'exercice de son pouvoir réglementaire, sans méconnaître les principes de solidarité nationale et d'égalité devant les charges publiques, subordonner en son article 11, le versement de l'aide instituée par le décret à la régularité de la situation fiscale du demandeur* »¹⁷¹⁹. La lettre de la formule conduit à hésiter entre une

¹⁷¹⁴ CE 11 avril 2005, *Association pour la promotion de l'odontologie libérale*, Rec. p. 146 ; A.J.D.A., p. 1199. Il est parfois fait référence aux « *exigences constitutionnelles en matière de protection de la santé* », CE 8 juillet 2005, *Syndicat national force ouvrière des personnels de préfecture*, n° 248707, inédit au Recueil Lebon.

¹⁷¹⁵ CE 22 avril 1970, *Association nationale des assistantes sociales et des assistants sociaux et autres*, Rec. p. 266. Pour un exemple plus récent, voir CE Ass. 8 juillet 1994, *Confédération générale du travail (C.G.T.)*, Rec. p. 356 ; J.C.P., G., IV, 2151, obs. M.-C. ROUAULT : « *considérant qu'aucun principe général du droit, et notamment le principe de protection de la santé garanti par le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, ne faisait obstacle à ce que l'article 12 du décret attaqué modifiât, même dans un sens défavorable aux salariés, les dispositions de l'article R. 241-48 du code du travail en apportant des aménagements limités aux conditions d'organisation d'un examen médical avant l'embauchage prévu par ces dispositions ; que la Confédération générale du travail n'est, dès lors, pas fondée à demander l'annulation de cet article* ».

¹⁷¹⁶ Comme le démontre Laurence GAY, *Les « droits-créances » constitutionnels*, Bruxelles, Bruylant, Collection de droit public comparé et européen, 2007, spé. p. 581 à 591.

¹⁷¹⁷ CE 29 novembre 1968, *Sieur Tallagrand*, Rec. p. 606 ; reprenant la solution posée par CE 10 décembre 1962, *Société indochinoise des constructions électriques et mécaniques*, Rec. p. 676.

¹⁷¹⁸ CE 22 janvier 1997, *Société hôtelière de l'Anse heureuse*, n° 175215, inédit au Recueil Lebon.

¹⁷¹⁹ CE 5 juillet 2000, *Association nationale de défense des rapatriés et autres*, Rec., Tables, p. 811 et p. 1116 ; la solution est reprise peu après par CE 27 novembre 2000, *Arthaud et autres*, n° 211088, inédit au Recueil Lebon : « *considérant que le Premier ministre pouvait, dans l'exercice de son pouvoir réglementaire, sans méconnaître les principes de solidarité nationale et d'égalité devant les charges publiques, subordonner en son article 11, le versement de l'aide instituée à la régularité de la situation fiscale du demandeur* ».

combinaison normative composée de l'alinéa 12 et du principe d'égalité, et la reconnaissance d'un principe général du droit de solidarité nationale, invocable, en l'état, à l'encontre d'un décret. Si les Tables du Recueil Lebon mentionnent la décision *Association nationale de défense des rapatriés et autres* sous la rubrique « Actes législatifs et administratifs », sous-rubrique « Principes généraux du droit »¹⁷²⁰, force est de constater qu'aucun arrêt –jusqu'à présent– ne consacre explicitement l'admission de l'invocabilité du principe général du droit de solidarité nationale découlant de l'alinéa 12 du Préambule indépendamment du principe d'égalité.

2. Le recours aux principes comme technique d'applicabilité sélective

Si le raisonnement consistant à passer par l'entremise d'un principe général du droit pour appliquer la norme contenue dans un énoncé est indéniablement inspirée par une pluralité de considérations, l'aspect fonctionnel de la notion de principes généraux du droit se réalise dans toute son ampleur quand le principe est dégagé à partir d'une norme non directement applicable. Il est possible de reprendre les commentaires de la décision *G.I.S.T.I.* de 1978¹⁷²¹ des *Grands Arrêts de la jurisprudence administrative*¹⁷²² pour développer le propos. Le juge administratif « extrait en quelque sorte un principe général à caractère particulier » de certaines règles, le principe « peut toutefois trouver un appui dans des dispositions écrites, comme, en l'espèce, dans le préambule de la Constitution de 1946. Mais ces dispositions écrites ne constituent qu'un support à l'expression de principes généraux qui préexistent au droit écrit positif. Le contenu du principe affirmé par la décision *G.I.S.T.I.* reflète cette autonomie des principes généraux du droit »¹⁷²³. Cette attitude est interprétée par une majorité d'auteurs comme une manifestation de la volonté du juge administratif de reconnaître la pleine valeur constitutionnelle de l'ensemble des principes exprimés dans le Préambule de la Constitution de 1958, à une époque où cette valeur posait encore question.

¹⁷²⁰ CE 5 juillet 2000, *Association nationale de défense des rapatriés et autres*, précité.

¹⁷²¹ CE Ass. 8 décembre 1978, *Groupement d'information des travailleurs immigrés (G.I.S.T.I.), Confédération française démocratique du travail (C.F.D.T.) et Confédération générale du travail (C.G.T.)*, précité.

¹⁷²² LONG M., WEIL P., BRAIBANT G., DELVOLLÉ P., GENEVOIS B., *Les Grands Arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, Dalloz, 18^e éd., 2011, spé. n° 87, p. 606.

¹⁷²³ LONG M., WEIL P., BRAIBANT G., DELVOLLÉ P., GENEVOIS B., *op. cit.*, p. 606 à 618, p. 608-609.

L'affirmation selon laquelle « l'ensemble des droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement, et à l'instar de toutes celles qui procèdent du Préambule de la Constitution, ont valeur constitutionnelle ; qu'elles s'imposent aux pouvoirs publics et aux autorités administratives dans leurs domaines de compétence respectifs »¹⁷²⁴ apporte à ces analyses un éclairage nouveau.

Toutefois, il s'agit en réalité d'un déplacement du problème de la justiciabilité de certains énoncés du Préambule de la Constitution de 1946, du niveau de leur juridicité à celui de leur applicabilité. Comme le démontre Philippe TERNEYRE, « si le Conseil d'État considère aujourd'hui que tous (ou presque) les principes de droit social posés dans le Préambule de 1946 sont des normes directes de références à valeur constitutionnelle, c'est parce qu'il s'est rendu compte que cette "juridicisation", hommage à l'action du Conseil constitutionnel, ne faisait que déplacer le problème sur le terrain de l'effectivité de ces principes. (...) Dès lors, le Conseil d'État était rassuré sur la portée de ses "audaces" jurisprudentielles : puisque les principes en question sont faiblement contraignants pour les autorités qui les mettent en œuvre et puisqu'il appréciera toujours lui-même l'éventuelle mise en cause du principe par l'autorité administrative, la Haute assemblée a compris qu'elle ne "remettait pas en cause" son indépendance et son autorité en reconnaissant pleine valeur constitutionnelle aux alinéas (...) du Préambule de 1946. En d'autres termes, pour paraphraser le thème d'un roman célèbre, le juge administratif pouvait tout changer puisque rien n'allait changer (pour lui) »¹⁷²⁵. Il est important d'approfondir cette analyse en constatant que la démarche de découverte par le juge administratif de principes généraux du droit lui offre l'avantage de la maîtrise de ses normes de référence et lui permet de disposer d'une grande latitude

¹⁷²⁴ CE Ass. 3 octobre 2008, *Commune d'Annecy*, Rec. p. 322 ; A.J.D.A., p. 2166, chron. E. GEFFRAY et S.-J. LIÉBER ; Dr. environnement, n°162, p. 219, concl. ; D.A., novembre 2008, n°152, p. 20, comm. F. MELLERAY ; R.D.I., p. 563, obs. P. SOLER-COUTEAUX ; R.F.D.A., p. 1147, concl., p. 1158, note L. JANICOT, p. 1240, chron. A. ROBLOT-TROIZIER et T. RAMBAUD ; J.C.P., A., 2279, note P. BILLET ; L.P.A., n°241, 2 décembre 2008, p. 7, note J.-L. PISSALOUX ; R.D.P., 2009, p. 450, note E. CARPENTIER, p. 481, note V. THIBAUD ; D., 2009, p. 1852, obs. V. BERNAUD et L. GAY, p. 2448, obs. F.-G. TRÉBULLE ; J.C.P., G., II, 2009, 10028, note B. MATHIEU ; R.J.E., 2009, p. 87, concl., p. 108, note X. BRAUD, p. 435, note A. BOYER ; G.A.J.A., n°116 ; Constitutions, 2010, p. 139 et p. 307, obs. Y. AGUILA.

¹⁷²⁵ TERNEYRE P., *Le Conseil d'État et la valeur juridique des droits sociaux proclamés par le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946*, in *Chronique de droit constitutionnel social*, R.F.D.C., 1991, p. 317 à 330, p. 327-328.

dans le choix, tant du contenu que de la portée du principe dégagé. Ce constat mène certains auteurs à considérer cette méthode comme « *un pivot de la mise en œuvre des principes de droit social de valeur constitutionnelle* »¹⁷²⁶.

En outre, la méthode consistant à se référer à un principe reprenant l'énoncé d'une règle de droit que le juge semble ne pas souhaiter appliquer directement et littéralement n'est pas propre aux normes du bloc de constitutionnalité. En effet, à l'occasion de deux affaires importantes, la Haute juridiction a développé le même raisonnement en s'appuyant sur des stipulations internationales. Dans un premier temps, à l'occasion de la célèbre affaire *Didier*, le Conseil d'État choisit de mentionner le « *principe d'impartialité rappelé à l'article 6-1 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* » ainsi que le « *principe des droits de la défense* » au lieu de se référer directement au texte de l'article 6-1¹⁷²⁷. Dans un second temps, le Conseil d'État affirme, de manière plus explicite, qu'« *en vertu d'un principe rappelé notamment par la première phrase de l'article 2 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, aux termes de laquelle le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi, qu'eu égard à la vulnérabilité des détenus et à leur situation d'entière dépendance vis à vis de l'administration, il appartient tout particulièrement à celle-ci, et notamment au garde des sceaux, ministre de la justice et aux directeurs des établissements pénitentiaires, en leur qualité de chefs de service, de prendre les mesures propres à protéger leur vie* »¹⁷²⁸. Mais cette décision marque surtout la reconnaissance du droit à la vie par le droit français, indépendamment de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Ces illustrations se complètent par la reconnaissance de certains principes spécifiques, propre à une matière déterminée, tels que les principes généraux du droit applicable aux réfugiés, procédant principalement de conventions

¹⁷²⁶ TERNEYRE P., *op. cit.*, p. 330.

¹⁷²⁷ CE Ass. 3 décembre 1999, *Didier*, Rec. p. 399 ; A.J.D.A., 2000, p. 126, chron. M. GUYOMAR et P. COLLIN ; R.A., 2000, n°313, p. 42, obs. J.-M. BRIÈRE ; J.C.P., G., 2000, II, 10267, note F. SUDRE, et Chron., 1251, p. 1544, chron. C. BOITEAU ; J.C.P., E., 2000, n°12, p. 509, note F. SUDRE ; D., 2000, Jurispr., Act., p. 62, note M. BOIZARD ; R.F.D.A., 2000, p. 584, concl. A. SEBAN.

¹⁷²⁸ CE 17 décembre 2008, *Section française de l'observatoire international des prisons*, Rec. p. 463 ; Gaz. Pal., n° 55, 24 février 2009, p. 26, concl. M. GUYOMAR ; J.C.P., G., II, 2009, 10049, note S. MERENNE ; C.F.P., 2010, n° 297, p. 38, comm. F. LENICA.

internationales¹⁷²⁹. Cependant, il semble peu probable que le juge administratif se réfère à une stipulation internationale non directement applicable aux fins de dégager un principe général du droit dans la mesure où ces dernières ont un contenu proche de certaines normes d'origine interne, en particulier des dispositions du Préambule de la Constitution de 1958.

B – Les fonctions du recours aux principes généraux du droit

Jusqu'à présent, le recours à la découverte d'un principe déduit d'une norme non directement applicable en vue d'obtenir une référence appropriée au problème posé par l'espèce a été envisagé sous un angle technique. Il convient désormais de compléter cette perspective en montrant que ce mécanisme constitue un moyen de contourner les difficultés liées à l'invocabilité de certaines normes non directement applicables (1) et permet, de plus, de maintenir la cohérence entre les jurisprudences du juge administratif et du Conseil constitutionnel (2).

1. Un moyen de contourner les limites de la conception qu'a le juge de son propre office

Le détour par la technique des principes généraux du droit révèle tout son potentiel juridique quand un principe est dégagé par le juge sur la base d'une norme écrite préexistante présentant les caractéristiques d'une norme non directement applicable. L'apport de cette technique reste fort limité dans les cas où la règle qui sert de fondement au principe est directement applicable, en ce que le « principe » se borne à réitérer les termes exacts de la disposition envisagée, sans réel exercice d'un pouvoir créateur du juge qui se contente d'appliquer la norme contenue dans l'énoncé. Telle est, par exemple, l'hypothèse correspondant aux jurisprudences

¹⁷²⁹ Voir notamment CE Ass. 1^{er} avril 1988, *Bereciartua-Echarri*, Rec. p. 135 ; A.J.D.A., p. 322, chron. M. AZIBERT et M. DE BOISDEFFRE ; D., p. 413, note H. LABAYLE ; J.C.P., G., 21071, concl. C. VIGOUROUX ; R.F.D.A., p. 499, note B. GENEVOIS ; et, CE Ass. 2 décembre 1994, *Mme Agyepong*, Rec. p. 523, concl. M. DENIS-LINTON ; A.J.D.A., p. 878 ; chron. L. TOUVET et J.-H. STAHL ; D., 1995, S.C., p. 171, obs. F. JULIEN-LAFERRIÈRE ; R.F.D.A., 1995, p. 86, concl.

*Dehaene*¹⁷³⁰, *Fédération des syndicats généraux de l'éducation nationale et de la recherche*¹⁷³¹ ou *Consistoire central des israélites de France*¹⁷³². En revanche, le recours à la découverte d'un principe général du droit fondé sur une norme non directement applicable est le résultat d'une démarche plus complexe, et révèle l'utilisation par le juge de pouvoirs plus importants.

Le point de départ du raisonnement est exposé de manière particulièrement explicite dans les conclusions du commissaire du Gouvernement Philippe DONDOUX sur l'affaire G.I.S.T.I. de 1978 : « *on doit admettre sûrement que la proclamation par le constituant d'un "droit créance" n'a pas pour effet d'obliger les pouvoirs publics à mettre en œuvre ce droit et, dès lors, les intéressés ne peuvent s'en prévaloir pour obtenir un avantage particulier, c'est la raison pour laquelle vous avez jugé (...), à propos d'une autre disposition du préambule de la Constitution de 1946 (...) que "le principe ainsi posé, en l'absence de toute disposition législative précise en assurant l'application, ne saurait servir de base à une action contentieuse en indemnité". Mais là, nous semble-t-il, doivent s'arrêter les conséquences de l'imprécision relative d'un principe proclamé par le constituant. Car la proclamation d'un tel principe, lorsqu'il est clair et n'a pas été rendu caduc par l'énonciation postérieure d'un principe inconciliable avec lui, a au moins un effet de droit : celui d'interdire aux pouvoirs publics de le méconnaître. Cela vaut à la fois pour la loi elle-même (...) que pour les règlements, quand bien même aucune disposition législative ne serait intervenue (...). Au surplus, nous l'avons vu, le principe du droit à une vie familiale normale n'est pas seulement un principe proclamé par le constituant. C'est aussi, et surtout, un*

¹⁷³⁰ CE Ass. 7 juillet 1950, *Dehaene*, précité. Pour des applications plus récentes, voir CE 30 novembre 1998, *Mme Rosenblatt et autres*, précité ; et CE 11 juin 2010, *Syndicat SUD R.A.T.P.*, précité.

¹⁷³¹ CE 26 juin 1989, *Fédération des syndicats généraux de l'éducation nationale et de la recherche*, Rec. p. 152 ; A.J.D.A., p. 726, obs. X. PRÉTOT ; R.A., p. 424, note P. TERNEYRE : « *en vertu du principe qu'a posé le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 auquel se réfère le préambule de la Constitution du 4 octobre 1958 et selon lequel "la loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme", les femmes ont vocation à occuper tous les emplois publics dans les mêmes conditions que les hommes, aucune distinction ne pouvant être introduite entre les personnels de l'un et l'autre sexe dans les conditions d'exercice des fonctions correspondant à ces emplois, hormis celles qui seraient justifiées par les conditions particulières dans lesquelles sont accomplies certaines missions ou par la nécessité de la protection de la femme ou de la promotion de l'égalité des chances entre les hommes et les femmes* ».

¹⁷³² CE Ass. 14 avril 1995, *Consistoire central des israélites de France*, Rec. p. 171, concl. Y. AGUILA, p. 172 ; R.F.D.A., p. 585, concl. ; A.J.D.A., p. 501, chron. D. CHAVALAUX et J.-H. STAHL ; D., *Jurispr.*, p. 481, note G. KOUBI ; J.C.P., G., II, 22437, note NGUYEN VAN TUONG.

*principe général de notre droit. Et, à ce titre, vous ne sauriez exiger que le législateur ait au préalable précisé la portée d'un tel principe puisque par définition les principes généraux du droit préexistent aux dispositions écrites. Vous devez donc de toute façon admettre que le principe du droit à une vie familiale normale, que reprend notamment le préambule de 1946, peut et doit être appliqué par le juge administratif alors même que le législateur n'en a pas précisé les modalités et limites »*¹⁷³³. Ces explications partent du constat selon lequel les caractéristiques inhérentes aux normes non directement applicables ne constituent un frein à leur invocabilité et à leur sanction juridictionnelle que dans une certaine mesure. Il reste toujours techniquement possible pour le juge de tirer les conséquences concrètes de la valeur de toute norme juridique en en sanctionnant la méconnaissance¹⁷³⁴.

Plus particulièrement, le choix de recourir à un principe général du droit en tant que technique d'application de l'interdiction de méconnaître la norme, au lieu de procéder par référence directe, mérite l'attention. Il est nécessaire de rappeler que le juge oppose à l'application pure et simple d'une norme non directement applicable – et ainsi à son invocabilité – les limites de son office. L'utilisation directe de la norme non directement applicable par le juge dans le cadre du contentieux reviendrait à effectuer un travail d'interprétation qui est analysé comme une opération de production normative. Une telle compétence ne peut en aucun cas échoir au juge en vertu du principe de séparation des pouvoirs. Le juge exige donc que les autorités normatives compétentes aient au préalable précisé la portée et les contours de la norme non directement applicable. Dans cette perspective, le détour par la technique des principes généraux du droit apparaît comme un excellent moyen de faire produire l'effet juridique d'interdiction de la norme non directement applicable, tout en contournant ces obstacles. En effet, comme l'explique le commissaire du Gouvernement Philippe DONDOUX, dans les cas où la reconnaissance d'un principe général du droit reprenant la norme contenue dans la

¹⁷³³ Conclusions sur CE Ass. 8 décembre 1978, *Groupement d'information des travailleurs immigrés (G.I.S.T.I.), Confédération française démocratique du travail (C.F.D.T.) et Confédération générale du travail (C.G.T.)*, Rec. p. 493 à 507, p. 501.

¹⁷³⁴ Cf. *supra*, Première partie, Titre Second, Chapitre Second « Une force contraignante limitée », p. 287 et suivantes.

formulation floue est estimée justifiée par le juge, le régime juridique de cette norme change. La définition théorique traditionnelle des principes généraux du droit se construit autour de certains éléments caractéristiques fondamentaux¹⁷³⁵ et permet de considérer que « *dans le cas même où ils procèdent de dispositions très précisément identifiables de droit écrit, les principes généraux du droit n'ont pas avec lui de lien formel : ils sont précisément applicables « même en l'absence de texte », ce qui signifie que ce n'est pas d'un texte qu'ils tiennent leur existence et leur force obligatoire. Ils sont indépendants du droit écrit, et cela au point qu'il arrive au juge de présenter les dispositions textuelles qu'il a prises en considération comme s'inspirant elles-mêmes d'un principe général du droit ou comme se bornant à en faire application* »¹⁷³⁶.

Dans cette mesure, le recours à la découverte d'un principe général du droit permet d'éviter les « difficultés » liées à l'absence d'intervention préalable d'un pouvoir normatif discrétionnaire, principal obstacle opposé par le juge à l'existence contentieuse des normes non directement applicables. La norme non directement applicable devient référence indirecte des motifs de la décision juridictionnelle, le juge ne se substitue pas aux autorités normatives d'application de la règle mais se contente de découvrir et d'appliquer une règle préexistante qui, par définition, ne saurait nécessiter de norme de mise en œuvre. La différence entre le principe et sa source textuelle se marque par un critère qualitatif : « *la mention du préambule de la Constitution désigne la source formelle des principes généraux du droit et, dans ce cas, ces principes ont sans doute valeur constitutionnelle, mais en tant que normes de droit écrit ; ou bien la mention du préambule est celle de la source matérielle des principes (ou celle de la plus notable de leurs sources matérielles), et dès lors on ne voit pas comment la valeur du préambule a pu se communiquer à des principes dont la source formelle ne peut être que la juridiction administrative* »¹⁷³⁷. Le lien entre le principe dégagé par le juge et sa source

¹⁷³⁵ Voir par exemple, BRAIBANT G. et STIRN B., *Le droit administratif français*, Paris, Presses de Sciences Po et Dalloz, 7^e édition, 2005, spé. p. 265 et suivantes : ils s'appliquent même sans texte, sont dégagés par la jurisprudence, correspondent « à un certain état de civilisation », et ne sont pas créés par le juge mais découverts et formulés par lui.

¹⁷³⁶ CHAPUS R., *Droit administratif général*, t. 1, Paris, Montchrestien, 15^e éd., 2001, p. 96.

¹⁷³⁷ CHAPUS R., *op. cit.*, p. 113. Voir également CHAPUS R., *De la soumission au droit des règlements autonomes*, D., 1960, chron. p. 119 ; et *De la valeur juridique des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles du droit administratif*, D., 1966, chron. p. 99.

matérielle s'apparente à celui existant entre une norme constitutionnelle et l'*interpositio legislatoris*. Le juge applique le principe dont il rappelle l'origine, comme il applique l'*interpositio legislatoris* ou l'acte de transposition d'une directive européenne, la source matérielle de la règle appliquée étant quasiment exclue du débat contentieux.

Si les aspects théoriques motivant la démarche du juge administratif sont désormais éclaircis, il reste utile de remarquer que d'un point de vue pratique le raisonnement présente un caractère très artificiel. Le détour par la technique des principes généraux du droit a pour principal effet de permettre l'application par le juge d'une norme non directement applicable en l'absence d'acte juridique de mise en œuvre. Le résultat pratique de l'opération a pour conséquence de faire du juge un intermédiaire entre la norme et la situation juridique qu'elle entend régir, au même titre qu'une autorité normative édictant une mesure de concrétisation. Dans cette optique, le juge endosse pleinement le rôle d'autorité d'application au sens large, en déterminant le sens, le champ d'application et les effets juridiques concrets de la norme. Dans le cadre de cette fonction, le juge dispose de la maîtrise du processus normatif, la technique des principes généraux du droit servant, en réalité, d'instrument de légalisation de la démarche. De ce dernier constat, mis en perspective avec la conception stricte affirmée du juge administratif de son propre office –frein à l'invocabilité des normes non directement applicable– résulte un manifeste paradoxe, notamment lié au souci du juge de préserver les dogmes théoriques, déjà remarqué dans le cadre de l'étude du régime juridique des directives européennes.

2. Un instrument d'harmonisation des jurisprudences

Le recours à la médiation des principes généraux du droit comme instrument d'applicabilité de certains alinéas du Préambule donne au juge administratif la maîtrise de la norme de référence de son contrôle. Cette latitude, inhérente au caractère prétorien des principes généraux du droit, lui permet d'ajuster le contenu du principe en fonction des diverses contraintes intervenant dans le travail juridictionnel. Une analyse rapide de la jurisprudence révèle que la position du juge

administratif est grandement influencée par les décisions du Conseil constitutionnel. Ainsi est-il possible de remarquer que le Conseil d'État module souvent le contenu des principes dégagés, aboutissant à une forme « d'applicabilité sélective », afin que leur définition corresponde à celle reconnue par le Conseil constitutionnel. La technique des principes généraux du droit devient un instrument d'harmonisation des jurisprudences. L'étude comparée des régimes contentieux des alinéas 11 et 12 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 est, à cet égard, particulièrement instructive.

Comme le constate Laurence GAY, « *il ressort que le Conseil d'État donne de l'alinéa 11 une définition qui concorde avec celle retenue par le Conseil constitutionnel. Cette disposition concerne les garanties concernant la santé au travail¹⁷³⁸ (...), l'accès aux prestations sociales¹⁷³⁹ (...)* »¹⁷⁴⁰. Mais il reste à préciser que l'invocabilité directe des principes relevant de la protection de la santé publique fondés sur l'alinéa 11 du Préambule n'a jamais été admise dans un cadre différent de celui du contentieux objectif. Plus encore, le contrôle au fond des actes administratifs par rapport à la protection de la santé reste très limité, le juge administratif retenant une conception étroite de l'erreur manifeste d'appréciation¹⁷⁴¹. Il apparaît ainsi que le régime

¹⁷³⁸ CE 8 juillet 2005, *Syndicat national force ouvrière des personnels de préfecture*, n°248707, inédit au Recueil Lebon : « *si le syndicat requérant soutient que l'atteinte à la santé est d'autant plus importante que la dérogation au temps de travail prévue par les dispositions précitées du décret attaqué pourrait être combinée avec celle décidée par le chef de service en application du b) du II de l'article 3 précité du décret du 25 août 2000, cette circonstance, à la supposer établie, ne résulte en tout état de cause pas des dispositions du décret attaqué ; que, dès lors, le syndicat requérant n'est pas fondé à soutenir que les dispositions de ce décret méconnaissent les exigences constitutionnelles en matière de protection de la santé* ».

¹⁷³⁹ Voir, par exemple, CE 11 avril 2005, *Association pour la promotion de l'odontologie libérale*, Rec. p. 146 ; A.J.D.A., p. 1199 ; et CE 27 juillet 2005, *Syndicat des médecins anatomo-cyto-pathologistes français*, n°272572, inédit au Recueil Lebon.

¹⁷⁴⁰ GAY L., *Les « droits-créances » constitutionnels*, Bruxelles, Bruylant, Collection de droit public comparé et européen, 2007, p. 585.

¹⁷⁴¹ Pour une illustration récente, voir CE 12 mai 2010, *Société Roche*, Rec. p. 162 ; R.J.E.P., n°677, juillet 2010, p. 13, concl. L. DEREPAZ ; A.J.D.A., p. 1889, note B. ARVIS ; Gaz. Pal., n°303, 30 octobre 2010, p. 34, note J. PEIGNÉ : « *dans ces conditions, au regard de ces éléments ainsi que de l'intérêt de la santé publique, le ministre n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation en estimant que le service médical rendu par la spécialité Tarceva était insuffisant pour justifier l'inscription de celle-ci sur la liste des spécialités remboursables ; qu'enfin, la décision attaquée a été prise en application des dispositions législatives et réglementaires mentionnées ci-dessus, qui subordonnent le remboursement d'une spécialité à son inscription sur une liste, en fonction du service médical rendu ; que le moyen tiré de la méconnaissance, par la décision attaquée, du onzième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 garantissant à tous la protection de la santé, est ainsi, en tout état de cause, inopérant* ».

contentieux du principe de protection de la santé publique tel que défini par le juge administratif se situe en parfaite cohérence avec la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative à l’alinéa 11 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946. Comme il a déjà été relevé, le Conseil constitutionnel exerce un contrôle fondé sur l’interdiction de priver de garanties légales l’alinéa 11, et a très récemment réaffirmé sa position dans le cadre procédural de la question prioritaire de constitutionnalité : *« les exigences constitutionnelles résultant de ces dispositions impliquent la mise en œuvre d’une politique de solidarité nationale en faveur des personnes défavorisées ; qu’il appartient au législateur, pour satisfaire à cette exigence, de choisir les modalités concrètes qui lui paraissent appropriées ; qu’en particulier, il lui est à tout moment loisible, statuant dans le domaine qui lui est réservé par l’article 34 de la Constitution, de modifier des textes antérieurs ou d’abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d’autres dispositions ; qu’il ne lui est pas moins loisible d’adopter, pour la réalisation ou la conciliation d’objectifs de nature constitutionnelle, des modalités nouvelles dont il lui appartient d’apprécier l’opportunité et qui peuvent comporter la modification ou la suppression de dispositions qu’il estime excessives ou inutiles ; que, cependant, l’exercice de ce pouvoir ne saurait aboutir à priver de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel »*¹⁷⁴².

Il apparaît ainsi que le Conseil constitutionnel considère que l’alinéa 11, à l’instar des autres énoncés figurant dans le texte constitutionnel, est directement applicable, mais bénéficie d’une protection juridictionnelle limitée. D’une part, le contrôle de compatibilité se limite à l’interdiction de la privation de garanties légales, d’autre part, il prend en compte l’ensemble de la législation relative au sujet et exclut la vérification des modalités d’aménagement des droits à prestation au bénéfice de la juridiction administrative, comme l’indique notamment la mention de la compétence

¹⁷⁴² CC n° 2011-123 QPC, 29 avril 2011, *M. Mohamed T.*, J.O.R.F. du 30 avril 2011, p. 7536, considérant 3. Voir également CC n° 2011-135/140 QPC, 9 juin 2011, *M. Abdellatif B. et autre*, J.O.R.F. du 10 juin 2011, p. 9892 ; CC n° 2011-136 QPC, 17 juin 2011, *Fédération nationale des associations tutélaires et autres*, J.O.R.F. du 18 juin 2011, p. 10458 ; CC n° 2011-137 QPC, 17 juin 2011, *M. Zeljko S.*, J.O.R.F. du 18 juin 2011, p. 10459, considérant 4. Cette formulation est parfaitement identique à celle retenue par le Conseil dans le cadre du contrôle de conformité de la loi à la Constitution *a priori*, pour un exemple récent, voir CC n° 2010-617 DC, 9 novembre 2010, *Loi portant réforme des retraites*, Rec. p. 310, considérant 8, p. 313.

gouvernementale dans la décision *Loi portant diverses mesures d'ordre social*¹⁷⁴³. Or, les autorités normatives jouissent en la matière d'un pouvoir discrétionnaire particulièrement étendu dans la concrétisation des normes non directement applicables. Plus encore, une part notable du contrôle au fond est exercée, par le Conseil constitutionnel, sous l'angle de l'interdiction des discriminations arbitraires¹⁷⁴⁴. Il en va de même pour l'alinéa 12 du Préambule de la Constitution de 1946, dont l'invocabilité et le contrôle sont inextricablement liés au principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil d'État, aux termes des affaires *Association nationale de défense des rapatriés et autres*, et *Arthaud et autres*¹⁷⁴⁵. La jurisprudence du Conseil constitutionnel, portant en réalité sur les dispositifs d'indemnisation sans référence expresse à l'alinéa 12 du Préambule, met également l'accent sur la perspective égalitaire présidant au contrôle du respect de cette disposition : « *la mention faite de l'égalité dans cette disposition ne fait pas tant office de fondement même de l'indemnisation que de modalité présidant à son aménagement* »¹⁷⁴⁶. À cet égard, les motifs de la décision *Loi de finances pour 1991* sont particulièrement révélateurs : « *dans la mesure où les contributions instituées par les articles 127, 132 et 133 ont pour finalité commune la mise en œuvre du principe de solidarité nationale, la détermination des redevables des différentes contributions ne saurait aboutir à une rupture caractérisée de l'égalité devant les charges*

¹⁷⁴³ « Il incombe, tant au législateur qu'au Gouvernement, conformément à leurs compétences respectives, de déterminer, dans le respect des principes proclamés par le onzième alinéa du Préambule, les modalités de leur mise en œuvre », CC n° 86-225 DC, 23 janvier 1987, *Loi portant diverses mesures d'ordre social*, Rec. p. 13, considérant 17, p. 17.

¹⁷⁴⁴ Comme le démontre Laurence GAY, op. cit., spé. p. 597 à 601 ; illustrant notamment son propos par les décisions CC n° 96-387 DC, 21 janvier 1997, *Loi tendant, dans l'attente du vote de la loi instituant une prestation d'autonomie pour les personnes âgées dépendantes, à mieux répondre aux besoins des personnes âgées par l'institution d'une prestation spécifique dépendance*, Rec. p. 23 ; et CC n° 2003-487 DC, 18 décembre 2003, *Loi portant décentralisation en matière de revenu minimum d'insertion et créant un revenu minimum d'activité*, Rec. p. 473.

¹⁷⁴⁵ CE 5 juillet 2000, *Association nationale de défense des rapatriés et autres*, Rec., Tables, p. 811 et p. 1116 ; CE 27 novembre 2000, *Arthaud et autres*, n° 211088, inédit au Recueil Lebon.

¹⁷⁴⁶ Comme le démontre Laurence GAY en se fondant sur l'analyse des décisions CC n° 90-285 DC, 28 décembre 1990, *Loi de finances pour 1991*, Rec. p. 95 ; et CC n° 87-237, 30 décembre 1987, *Loi de finances pour 1988*, Rec. p. 63 ; op. cit., p. 593.

publiques entre tous les citoyens »¹⁷⁴⁷. L'identité des jurisprudences du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel est encore marquée davantage par le fait que l'énoncé constitutionnel n'est pas visé en lui-même, mais est utilisé comme fondement juridique de principes ou de garanties jurisprudentiels.

Il résulte de ce qui précède que la différence de conception du régime contentieux des normes non directement applicables contenues dans le bloc de constitutionnalité existant entre le juge administratif et le Conseil constitutionnel est bien plus ténue qu'il n'y paraît. La principale divergence réside finalement dans la motivation de l'inopérance du moyen fondé sur un tel énoncé. Le Conseil constitutionnel, statuant dans le cadre de l'article 61 de la Constitution, accueille tous les moyens tirés de la méconnaissance d'une règle constitutionnelle par une loi. En revanche, dans le cadre du fond de son contrôle de conformité de la loi à la Constitution seule la contrariété du texte à la définition, parfois étroite, qu'il retient de l'énoncé constitutionnel sera sanctionnée par une censure. Le juge administratif rejette l'invocabilité d'un moyen fondé sur la lettre, *stricto sensu*, du texte de la norme non directement applicable invoquée figurant dans le Préambule de la Constitution de 1958. En revanche, il procède à l'examen des moyens construits sur le principe général du droit qu'il a dégagé à partir de ce texte. En considérant la démarche du juge administratif comme mue par le souci d'adopter une définition compatible, pour ne pas dire similaire, à celle retenue par le Conseil constitutionnel pour ces dispositions, il est raisonnable de conclure que la différence de démarche n'a d'incidence que sur le plan théorique, mais est quasi inexistante sur le plan pratique. Le seul point de divergence se cristallise en définitive autour des objectifs de valeur constitutionnelle, dont le régime contentieux n'apparaît pas encore fermement fixé pour le juge administratif comme pour le juge judiciaire. Cependant, il reste à

¹⁷⁴⁷ CC n° 90-285 DC, 28 décembre 1990, *Loi de finances pour 1991*, Rec. p. 95, considérant 29, p. 101. Voir également, CC n° 87-237, 30 décembre 1987, *Loi de finances pour 1988*, Rec. p. 63, considérants 21 et 22, p. 67-68 : « les principes d'égalité devant la loi et d'égalité devant les charges publiques proclamés par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, dans ses articles 6 et 13, s'appliquent aussi bien dans l'hypothèse où la loi prévoit l'octroi de prestations que dans les cas où elle impose des sujétions ; considérant qu'il incombe au législateur, lorsqu'il met en œuvre le principe de solidarité nationale, de veiller à ce que la diversité des régimes d'indemnisation institués par lui n'entraîne pas de rupture caractérisée de l'égalité de tous devant les charges publiques ; que cependant, il lui est loisible de définir des modalités d'application appropriées à chaque cas sans être nécessairement astreint à appliquer des règles identiques ».

rappeler que l'introduction récente de la procédure de question prioritaire de constitutionnalité, en renforçant le dialogue des juges, devrait très certainement amplifier le phénomène dans le sens d'une plus grande justiciabilité des normes non directement applicables de valeur constitutionnelle, quelle que soit leur catégorie d'appartenance.

Paragraphe II : Le recours au mécanisme de l'exception d'illégalité

Les recours en annulation des actes réglementaires non directement applicables est irrecevable en Italie, en Suisse ou en Grèce, dans la mesure où leur fonction se limite à fonder des décisions administratives individuelles¹⁷⁴⁸. Le droit du contentieux administratif allemand, construit dans un cadre subjectif, est essentiellement construit sur la relation liant l'autorité administrative et le destinataire des décisions. Aussi le régime du contentieux des actes réglementaires (*Normenkontrolle*) est fort restrictif et le volume de ce contentieux reste très faible¹⁷⁴⁹. Par conséquent, le contentieux indirect et incident des règlements administratif par l'exception d'illégalité reste la voie de droit la plus efficace dans de nombreux États européens¹⁷⁵⁰.

Dans le contentieux administratif français, l'exception d'illégalité désigne un moyen de droit¹⁷⁵¹ permettant à un requérant de se prévaloir, sans condition de délai, de l'illégalité d'un acte réglementaire devenu définitif à l'encontre d'une décision non définitive. En droit de l'Union européenne, l'exception d'illégalité est une procédure subsidiaire à caractère indirect qui mène à un contrôle incident de la légalité. Ce mécanisme a pour but de parvenir à l'inapplicabilité de certains actes aux parties au litige et peut constituer un moyen de contourner les impossibilités d'invoquer directement certaines normes non directement applicables. Il est nécessaire de déterminer les conditions d'application du mécanisme (A) avant d'en étudier les effets (B).

¹⁷⁴⁸ FROMONT M., *Droit administratif des États européens*, Paris, P.U.F., Collection Thémis, 2006, p. 276.

¹⁷⁴⁹ FROMONT M., *op. cit.*, p. 278.

¹⁷⁵⁰ Comme le démontre Michel FROMONT, *op. cit.*, p. 280 à 283.

A – Les conditions techniques de l’exception d’illégalité

Le mécanisme de l’exception d’illégalité existe en droit français (2) et en droit de l’Union européenne (1) selon des modalités similaires mais non identiques qu’il convient d’analyser.

1. Les conditions de recevabilité de l’exception d’illégalité en droit de l’Union européenne

L’article 277 du T.F.U.E. précise que « (...) toute partie peut, à l’occasion d’un litige mettant en cause un acte de portée générale adopté par une institution, un organe ou un organisme de l’Union, se prévaloir des moyens prévus à l’article 263, deuxième alinéa, pour invoquer devant la Cour de justice de l’Union européenne l’inapplicabilité de cet acte ». Les actes de portée générale à l’encontre desquels l’exception d’illégalité est recevable sont déterminés par la jurisprudence de la Cour de justice¹⁷⁵². La définition jurisprudentielle retenue permet d’inclure les directives européennes¹⁷⁵³. Les actes contestables présentent comme caractéristiques de pouvoir s’appliquer à des situations déterminées objectivement et produire des effets juridiques à l’égard de catégories de personnes conçues de manière générale et abstraite.

Cette voie de droit indirecte est ouverte à « toute partie » à un litige au principal devant la Cour de justice, le Tribunal de première instance ou le Tribunal de la fonction publique. La recevabilité du recours au principal conditionne celle de l’exception d’illégalité¹⁷⁵⁴. L’exception d’illégalité a, en principe, un caractère

¹⁷⁵¹ CE Sect. 20 juin 1997, *Kessai*, Rec. p. 251 ; A.J.D.A., p. 894, concl. R. ABRAHAM.

¹⁷⁵² CJCE 12 juin 1958, *Compagnie des Hauts Fourneaux de Chasse c. Haute Autorité de la C.E.C.A.*, 15/57, Rec. p. 159 ; CJCE 13 juin 1958, *Meroni & Co., Industrie Metallurgische, S.P.A. c. Haute Autorité de la C.E.C.A.*, 9/56, Rec. p. 11 ; et, plus récemment : CJCE 17 juin 1980, *Calpak et Società Emiliana Lavorazione Fruta*, 789/79 et 790/79, Rec. p. 1949 ; CJCE 31 mai 2001, *Sadam Zuccherifici, divisione della SECI-Società Esercizi Commerciali Industriali SpA et autres c. Conseil de l’Union européenne*, C-41/99 P., Rec., I, p. 4239.

¹⁷⁵³ Pour reprendre l’exemple proposé par J. MOLINIER, *Jurisqueurope*, Fascicule 350, « Exception d’illégalité », juillet 2007, point 11 : CJCE 11 novembre 1997, *Eurotunnel SA et autres c. SeaFrance*, C-408/95, Rec., I, p. 6315.

¹⁷⁵⁴ CJCE 16 décembre 1963, *Macchiorlatti Dalmas e Figli c. Haute Autorité de la C.E.C.A.*, 1/63, Rec. p. 615 ; TPICE, ord., 21 mai 1999, *Schiocchet c. Commission*, T-169/98 et T-170/98, non publiée, citée par Denys SIMON, *Le système juridique communautaire*, P.U.F., Collection Droit fondamental, 3^e éd., 2003, p. 574.

subsidaire, elle n'est recevable que pour autant que son auteur n'ait pas eu la possibilité de former un recours en annulation contre l'acte en cause¹⁷⁵⁵. Le requérant peut être un individu ou un requérant privilégié¹⁷⁵⁶. En plus de son intérêt à agir au titre du recours principal, ce dernier doit établir son intérêt à soulever l'exception d'illégalité. Il doit ainsi faire la preuve qu'il est directement et individuellement concerné par l'acte dont il désire exciper l'illégalité. Cette condition semble difficile à remplir dans l'hypothèse où un requérant exciperait de l'illégalité d'une directive peu détaillée, ne présentant pas les caractéristiques de l'effet direct. Pourtant, à l'origine, le juge de l'Union européenne estimait l'exception d'illégalité recevable à l'encontre des actes assimilables aux règlements européens par leurs effets¹⁷⁵⁷.

Dans le cadre d'une exception d'illégalité soulevée à l'occasion d'un recours en annulation», le juge européen exige – tout comme le juge administratif français – l'existence d'une relation déterminée entre les actes concernés. La Cour de Luxembourg emploie une terminologie variable pour qualifier ce lien, expliquant tantôt que l'acte dont la légalité est indirectement contestée est « *applicable directement ou indirectement à l'espèce qui fait l'objet du recours* », par référence à l'idée de « *connexité* »¹⁷⁵⁸ ; tantôt que les deux actes ont un « *lien juridique direct* »¹⁷⁵⁹, par référence à la notion de « *base juridique* »¹⁷⁶⁰. Plus encore, certaines décisions font état de la nécessité que l'acte contesté soit une mesure d'application de l'acte dont l'illégalité est invoquée par voie d'exception¹⁷⁶¹. À titre de synthèse, il est possible

¹⁷⁵⁵ Sur ce point, cf. MOLINIER J., Jurisclasseur Europe, Fascicule 350, « *Exception d'illégalité* », août 2011, points 22 à 30.

¹⁷⁵⁶ L'expression désigne les requérants institutionnels, qui, en vertu des articles 263 et 265 du T.F.U.E., bénéficient de conditions particulières de recevabilité de leurs recours en annulation et en carence. Ces requérants privilégiés sont les États membres, la Commission, le Conseil. Le Parlement européen, la Banque centrale européenne et l'Institut monétaire européen sont des requérants institutionnels dont le droit de recours est limité à la défense de leurs attributions constitutionnelles respectives.

¹⁷⁵⁷ CJCE 6 mars 1979, *SpA Simmenthal c. Commission des Communautés européennes*, 92/78, Rec. p. 777, point 40 p. 800 : « *s'ils n'ont pas la forme d'un règlement, produisent cependant des effets analogues* ».

¹⁷⁵⁸ CJCE 13 juillet 1966, *Italie c. Cons. CE et Comm. CE*, 32/65, Rec. p. 564.

¹⁷⁵⁹ CJCE 31 mars 1965, *Macchiorlati Dalmas e Figli c. Haute Autorité de la C.E.C.A.*, 21/64, Rec. p. 227 ; CJCE 2 mars 1967, *Simet et Feram c. Haute Autorité de la C.E.C.A.*, 25 et 26/67, Rec. p. 39.

¹⁷⁶⁰ CJCE 6 mars 1979, *Simmenthal*, précité, point 36 p. 799.

¹⁷⁶¹ CJCE 5 octobre 2000, *Cons. UE c. Chvatal, et Loschl et CJCE*, C-432 P et 433/98 P, Rec., I, p. 8535.

d'affirmer que la légalité de l'acte contesté au principal doit être subordonnée à celle de l'acte qui fait l'objet d'une exception d'illégalité.

2. Les conditions de recevabilité de l'exception d'illégalité en droit français

L'exception d'illégalité ne fonctionne que si trois conditions cumulatives sont réunies». En premier lieu et en principe, l'exception d'illégalité n'est possible que si l'acte contesté est une mesure d'application de l'acte dont l'illégalité est invoquée par voie d'exception, comme le précise explicitement le Conseil d'État : « *si les requérants peuvent invoquer à l'appui de conclusions dirigées contre une décision administrative l'illégalité dont serait entaché un règlement devenu définitif faute d'avoir été attaqué dans le délai du recours pour excès de pouvoir, un tel moyen ne peut être accueilli que dans la mesure où la décision dont l'annulation est demandée constitue une mesure d'application de celle dont l'illégalité est invoquée par voie d'exception* »¹⁷⁶². L'acte attaqué a pour rôle d'apporter les précisions qui permettent la mise en pratique de l'acte dont l'illégalité est excipée¹⁷⁶³ : « *la décision B nécessaire à l'application de l'acte réglementaire A ou qui concrétise cet acte A est considérée comme une "mesure d'application"* »¹⁷⁶⁴. En revanche, la

¹⁷⁶² CE Sect. 10 février 1967, *Société anonyme des Établissements Petitjean et autres*, Rec. p. 63 ; R.T.D.E., p. 681, concl. N. QUESTIAUX ; A.J.D.A., p. 267, chron. J.-P. LECAT et J. MASSOT. Cf. également CE 8 mai 1981, *Union des organismes de groupement des collectivités et organismes de groupements du Massif Central*, Rec., Tables, p. 866 ; C.J.E.G., p. 115, concl. J.-P. COSTA. Dans le même sens, un acte administratif attaqué par voie d'action « doit constituer une mesure d'application de la loi dont la conventionnalité est contestée », CE 5 mars 1993, *S.A.R.L. Indicateur Lagrange*, Rec., Tables, p. 751 ; R.J.F., n° 642.

¹⁷⁶³ Sur ce point, cf. *supra* p. 225. Sur la notion de « mesure d'application », voir VENEZIA J.-C., *Les mesures d'application*, in *Droit administratif*, Mélanges René CHAPUS, Paris, Montchrestien, 1992, p. 673. Une brève analyse de ce lien est notamment rappelée par le commissaire du Gouvernement Yann AGUILA dans ses conclusions sur CE 6 juin 2007, *Commune de Groslay et autres*, A.J.D.A., p. 1527 à 1533, p. 1531.

¹⁷⁶⁴ « Si un requérant peut invoquer, à l'appui de conclusions dirigées contre un acte administratif, l'illégalité dont serait entaché un règlement devenu définitif faute d'avoir été attaqué dans le délai du recours pour excès de pouvoir, un tel moyen ne peut être accueilli que dans la mesure où la décision dont l'annulation est demandée constitue une mesure d'application de celle dont l'illégalité est invoquée par voie d'exception et où sa légalité est subordonnée à celle du premier texte ; que l'arrêté attaqué, qui fixe la date d'entrée en vigueur des dispositions de l'arrêté du 9 février 2009 et comporte des mesures transitoires pour certains véhicules déjà immatriculés, constitue une mesure d'application des dispositions de l'article 11 de cet arrêté qui concernent son entrée en vigueur », CE 9 avril 2010, M. Joël A., n° 328051, inédit au Recueil Lebon, cité par Camille BROUELLE, *Contentieux administratif*, Paris, L.G.D.J., 2011, p. 98.

décision B prise selon une procédure prévue par A ne procède pas à son application¹⁷⁶⁵, de même que n'en constitue pas une mesure d'application l'acte réglementaire B qui modifie A¹⁷⁶⁶ »¹⁷⁶⁷. Il est utile de préciser que la notion de « mesure d'application » est entendue de manière plus restrictive en matière d'urbanisme. À cet égard, citant le Cours de contentieux administratif de Raymond ODENT, le commissaire du Gouvernement Yann AGUILA explique que la portée de la jurisprudence *Société anonyme des Établissements Petitjean et autres*¹⁷⁶⁸ « illustre surtout l'idée que les requérants ne peuvent contester, par voie d'exception, la légalité d'un règlement qu'en ce qui concerne celles de ses dispositions qui ont servi de base à la décision attaquée : ils ne sont pas recevables à invoquer l'illégalité des dispositions qui ne seraient pas appliquées par la décision attaquée ; d'où la limitation de l'exception aux mesures d'application »¹⁷⁶⁹.

De manière exceptionnelle, une importante décision du Conseil d'État donne droit aux prétentions d'un requérant démontrant l'illégalité d'une délibération de la Communauté urbaine de Lyon¹⁷⁷⁰ du fait de l'illégalité d'un principe jurisprudentiel. En effet, cette délibération était fondée sur des règles prétoriennees issues de l'arrêt *Époux Merlin*¹⁷⁷¹ consacrant la liberté des personnes publiques dans le choix de leurs concessionnaires. La Haute assemblée décide que « les règles nationales applicables à la date de la délibération attaquée à la passation des contrats de concession de travaux publics,

¹⁷⁶⁵ « Le décret que les requérants attaquent, qui modifie le siège et le ressort des tribunaux de grande instance, des tribunaux d'instance et des juridictions de proximité, ne constitue pas une mesure d'application du décret du 2 juin 2008, qui a seulement rendu possible l'édiction d'un tel décret sans consultation préalable du Conseil d'État », CE 19 février 2010, *Molline et autres*, Rec. p. 20, cité par Camille BROUELLE, *op. cit.*, p. 99.

¹⁷⁶⁶ CE Sect. 1^{er} juin 1979, *Syndicat national des médecins chirurgiens des hôpitaux publics*, Rec. p. 261 ; CE 15 mars 2002, *Fédération nationale des syndicats autonomes F.N.S.A. P.T.T.*, Rec., Tables, p. 721 ; CE 2 février 2004, *Fédération départementale des chasseurs de la Drome*, n° 250466, inédit au Recueil Lebon. Cependant, la règle est différente en matière pénale, ainsi, le décret modifiant le montant d'amendes relatives à des contraventions, instituées par un décret antérieur est considéré comme constituant « une mesure d'application » au sens de la jurisprudence *Société anonyme des Établissements Petitjean et autres* : CE Sect. 24 janvier 1992, *Association des centres distributeurs Édouard Leclerc*, Rec. p. 39 ; R.F.D.A., p. 499, concl. P. HUBER.

¹⁷⁶⁷ BROUELLE C., *Contentieux administratif*, Paris, L.G.D.J., 2011, p. 98-99.

¹⁷⁶⁸ CE Sect. 10 février 1967, *Société anonyme des Établissements Petitjean et autres*, précité.

¹⁷⁶⁹ AGUILA Y., conclusions sur CE 6 juin 2007, *Commune de Groslay et autres*, A.J.D.A., p. 1527 à 1533, p. 1531.

¹⁷⁷⁰ CE Ass. 6 février 1998, *M. Tête et Association de sauvegarde de l'Ouest lyonnais*, Rec. p. 30, concl. H. SAVOIE ; A.J.D.A., p. 458, chron. P. FOMBEUR et F. RAYNAUD, p. 403 ; C.J.E.G., p. 283, concl., note P. SUBRA DE BIEUSSES ; R.F.D.A., p. 407, concl. ; J.C.P., G., II, 1223, note P. CASSIA.

ne prévoyaient pas de mesures de publicité et n'étaient pas compatibles avec les objectifs de la directive du 18 juillet 1989 ; qu'elles ne peuvent, dès lors, donner de base légale à la délibération attaquée qui, prise sans que la communauté urbaine de Lyon ait assuré une publicité de ses intentions de passer ce contrat de concession compatible avec les objectifs de la directive du 18 juillet 1989, a été adoptée dans des conditions irrégulières ».

En second lieu, la légalité de l'acte d'application, attaqué à titre principal, doit être subordonnée à celle de l'acte juridique dont l'illégalité est invoquée par voie d'exception. L'exception d'illégalité est également un moyen invocable dans le cadre d'un recours de pleine juridiction. Il a ainsi été admis dans le cadre du contentieux électoral¹⁷⁷², du contentieux fiscal¹⁷⁷³ et de la responsabilité¹⁷⁷⁴. Enfin, l'acte administratif contesté doit entrer dans le champ d'application de l'acte dont l'illégalité est invoquée par voie d'exception. Cette dernière condition est évidemment remplie si les deux autres le sont. Dans l'hypothèse où un administré souhaite contester un acte individuel pris sur la base d'un acte réglementaire d'application d'une loi», l'acte individuel ne peut qu'entrer dans le champ d'application de l'acte réglementaire et donc dans celui de la loi qui reçoit application. Il en résulte que l'exception d'illégalité est recevable contre les actes réglementaires mais est, en principe, irrecevable quand elle est formée contre un acte non réglementaire. Toutefois, il est possible de soulever l'exception d'illégalité d'un acte non réglementaire tant que le délai de recours contentieux n'est pas expiré¹⁷⁷⁵. Dans le cas d'un acte réglementaire, le principe, consacré par une jurisprudence ancienne¹⁷⁷⁶, est celui du « *caractère perpétuel* » de l'exception d'illégalité¹⁷⁷⁷.

¹⁷⁷¹ CE Ass. 14 février 1975, Rec. p. 110 ; A.J.D.A., p. 229, chron. M. BOYON et M. FRANC ; R.D.P., p. 1705, note M. WALINE ; C.J.E.G., p.128, note J. VIROLE.

¹⁷⁷² CE 16 décembre 1970, *Élection des délégués d'enseignement et de recherche à l'assemblée constitutive provisoire de l'Université de Limoges*, Rec. p. 766.

¹⁷⁷³ CE 26 juin 1989, *Électricité de France*, Rec., Tables, p. 559, p. 583, p. 590 et p. 599.

¹⁷⁷⁴ CE 6 janvier 1961, *Dame Perret*, Rec. p. 4. ; et CE Ass. 30 octobre 1996, *SA Cabinet Revert et Badelon, et Ministre du Budget c. SA Jacques Dangeville*, Rec. p. 397 et p. 399 ; R.J.F., 12/96, p. 799, chron. S. AUSTRY, p. 809, concl. G. GOULARD ; A.J.D.A., p. 980, chron. D. CHAVALUX et T.-X. GIRARDOT ; R.F.D.A., 1997, p. 1056, concl. G. GOULARD.

¹⁷⁷⁵ CE 28 juillet 2000, *Jessua*, Rec. p. 237.

¹⁷⁷⁶ CE 29 mai 1908, *Poulin*, Rec. p. 580 ; D., 1910, III, p. 17.

¹⁷⁷⁷ CHAPUS R., *Droit du contentieux administratif*, Paris, Montchrestien, 13^e éd., 2008, p. 624.

B – Les effets correcteur et relatif de l’exception d’illégalité

Le mécanisme de l’exception d’illégalité permet de soumettre au contrôle du juge des actes juridiques qui ne peuvent lui être soumis directement¹⁷⁷⁸ (1) ou dont le délai de contestation est expiré. Cette fonction se retrouve en droit français comme en droit de l’Union européenne. En effet, la procédure de l’exception d’illégalité permet le respect des deux règles classiques et parfois contradictoires que sont l’intangibilité des actes juridiques devenus définitifs et le principe de légalité. Cette procédure contribue ainsi à la recherche de l’équilibre entre le risque de trouble apporté à la stabilité des situations juridiques acquises et celui de l’application indéfinie d’une disposition illégale. Il en résulte notamment que le contrôle juridictionnel ne peut aboutir qu’à l’inapplicabilité au litige de l’acte dont l’illégalité est excipée avec succès (2).

1. Un mécanisme permettant de soumettre au contrôle du juge des actes insusceptibles de recours direct

Le mécanisme de l’exception d’illégalité en droit de l’Union Européenne est considéré par la Cour de justice comme participant à la mise en œuvre d’un principe général du droit de respect de la légalité¹⁷⁷⁹. Eu égard à la difficulté de satisfaire aux conditions du recours en annulation¹⁷⁸⁰ qui, de surcroît, font l’objet d’une interprétation stricte de la Cour, l’exception d’illégalité a l’avantage d’ouvrir une voie de contestation indirecte de certains actes. En droit administratif français», le mécanisme de l’exception d’illégalité a connu un éclairage particulier dans le cadre du contentieux des directives européennes non transposées. Il permet de contourner l’application de la jurisprudence *Cohn-Bendit*, refusant l’invocabilité d’une directive à l’appui d’un recours pour excès de pouvoir dirigé contre un acte administratif

¹⁷⁷⁸ Comme les directives administratives, par exemple : CE 18 octobre 1991, *Union Nationale de la propriété immobilière*, Rec. p. 338.

¹⁷⁷⁹ CJCE 6 mars 1979, *Simmmenthal*, précité.

¹⁷⁸⁰ Cf. *supra* p. 488.

individuel¹⁷⁸¹. L'exception d'illégalité du texte réglementaire sur la base duquel la décision individuelle attaquée est prise devient donc le seul moyen possible en cas de contrariété entre une décision individuelle et une directive européenne non transposée. C'est ainsi que le Conseil d'État admet la possibilité d'invoquer par la voie de l'exception la contrariété à une directive européenne suffisamment précise de dispositions servant de fondement à l'acte individuel contesté. L'incompatibilité des dispositions législatives peut résider en l'absence d'une mesure exigée par une directive européenne¹⁷⁸², ou encore dans la contrariété entre le droit interne résultant de la jurisprudence administrative et les objectifs fixés par une directive¹⁷⁸³. Il reste nécessaire de préciser que l'Assemblée du Conseil d'État est finalement revenue sur sa jurisprudence, en admettant l'invocabilité directe d'une directive européenne non transposée à l'encontre d'un acte administratif individuel pour autant que ses dispositions soient « *précises et inconditionnelles* »¹⁷⁸⁴. L'intérêt du mécanisme de l'exception d'illégalité en la matière se voit donc considérablement réduit.

Après l'intervention de la transposition, une directive européenne peut être invoquée dans le cadre d'une exception d'illégalité soulevée contre l'acte réglementaire qui procède à la transposition, mais de manière incomplète. Si le

¹⁷⁸¹ CE Ass. 22 décembre 1978, *Ministre de l'Intérieur c. Cohn-Bendit*, précité : « il ressort clairement de l'article 189 du traité du 25 mars 1957 que si ces directives lient les États membres "quant au résultat à atteindre" et si, pour atteindre le résultat qu'elles définissent, les autorités nationales sont tenues d'adapter la législation et la réglementation des États membres aux directives qui leur sont destinées, ces autorités restent seules compétentes pour décider de la forme à donner à l'exécution des directives et pour fixer elles-mêmes, sous le contrôle des juridictions nationales, les moyens propres à leur faire produire effet en droit interne. Qu'ainsi, quelles que soient d'ailleurs les précisions qu'elles contiennent à l'intention des États membres, les directives ne sauraient être invoquées par les ressortissants de ces États à l'appui d'un recours dirigé contre un acte administratif individuel ».

¹⁷⁸² CE Ass. 30 octobre 1996, *SA Cabinet Revert et Badelon, et Ministre du Budget c. SA Jacques Dangeville*, Rec. p. 397 et 399 ; R.J.F., 12/96, p. 799, chron. S. AUSTRY, p. 809, concl. G. GOULARD ; A.J.D.A., p. 980, chron. D. CHAVALUX et T.-X. GIRARDOT ; R.F.D.A., 1997, p. 1056, concl. G. GOULARD.

¹⁷⁸³ CE Ass. 6 février 1998, *M. Tête et Association de sauvegarde de l'Ouest lyonnais*, précité ; et CE Sect. 20 mai 1998, *Communauté de communes du Piémont-de-Barr, Service des eaux et de l'assainissement du Bas-Rhin*, Rec. p. 201, concl. H. SAVOIE ; A.J.D.A., p. 553, chron. P. FOMBEUR et F. RAYNAUD ; R.F.D.A., p. 609, concl. ; L.P.A., n° 135, 11 novembre 1998, p. 15, note O. ROUSSET.

¹⁷⁸⁴ CE Ass. 30 octobre 2009, *Mme Perreux*, précité.

moyen emporte la conviction du juge, l'acte individuel d'application de la disposition réglementaire de transposition est annulé car dépourvu de base légale¹⁷⁸⁵.

2. Un contrôle juridictionnel aux résultats limités

L'acte déclaré illégal à la suite d'un contrôle effectué dans le cadre de l'exception d'illégalité est écarté comme fondement juridique de l'acte contesté directement. Ce dernier se trouve ainsi privé de base légale et, par conséquent, annulé. L'acte dont l'illégalité est excipée avec succès n'est pas annulé, mais inapplicable au litige. La décision de justice est revêtue de l'autorité relative de la chose jugée, contrairement à la déclaration d'annulation¹⁷⁸⁶. L'acte dont l'illégalité est reconnue dans le cadre de l'exception d'illégalité continue d'exister dans l'ordre juridique où il peut, en principe, continuer de produire des effets. La constatation incidente de l'illégalité de l'acte a pour conséquences une censure de l'application qui en a été faite ou un constat selon lequel cet acte ne devait pas être appliqué. En revanche, par le jeu de l'obligation de ne pas faire application d'un acte réglementaire illégal en droit administratif français¹⁷⁸⁷, la portée de la déclaration d'illégalité peut, de fait, dépasser le cadre du litige initial et ainsi porter atteinte à l'intangibilité de principe des actes administratifs devenus définitifs. De plus, lorsqu'elle est reconnue fondée par le juge, l'exception d'illégalité invoquée à l'encontre d'un texte réglementaire n'a pas pour effet de faire revivre rétroactivement les dispositions abrogées par ce texte, lesquelles ne sauraient donc servir de base légale à une mesure prise en application du texte réglementaire en vigueur¹⁷⁸⁸. En d'autres termes, dans la mesure où le constat de l'illégalité d'un acte réglementaire dans le cadre d'une exception n'emporte pas son annulation et, malgré le jeu de l'obligation de s'abstenir d'appliquer un l'acte réglementaire illégal, l'acte

¹⁷⁸⁵ CE 18 juillet 1991, *Palazzi*, Rec. p. 276 ; A.J.D.A., p. 827, note F. JULIEN-LAFFERRIÈRE ; L.P.A., 17 juillet 1992, note D. DE BÉCHILLON ; J.C.P., G., II, 1992, 21870, note V. HAIM.

¹⁷⁸⁶ CJCE 13 juin 1958, *Meroni & Co., Industrie Metallurgische, S.P.A. c. Haute Autorité de la C.E.C.A.*, 9/56, Rec. p. 11.

¹⁷⁸⁷ CE 14 novembre 1958, *Ponard*, Rec. p. 554 ; CE Sect. 8 janvier 1960, *Laiterie Saint-Cyprien*, précité ; CE Ass. 21 juillet 1972, *Sieur Saingery*, Rec. p. 555 ; cf. également CE Ass. 3 février 1989, *Compagnie Alitalia*, précité.

réglementaire antérieur, primitif, ne trouve pas à s'appliquer¹⁷⁸⁹. La situation juridique résultant d'une exception d'illégalité peut donc se trouver extrêmement confuse, l'administration ne sachant plus quel acte appliquer risque de se trouver face à un vide juridique technique.

En conclusion, le détour par une norme directement applicable se révèle être une importante technique de substitution à l'invocabilité directe des normes non directement applicables. Elle permet de contourner les deux principales difficultés posées par le régime contentieux de ces normes : leur absence d'invocabilité directe et « isolée », et leur absence d'invocabilité à l'encontre des actes administratifs non réglementaires. Le détour par une norme directement applicable est un mécanisme qui fait correspondre une forme « indirecte » d'invocabilité au caractère non directement applicable de certaines normes.

Section II : L'invocabilité par combinaison de normes

Le principal problème posé par les normes non directement applicables réside dans l'impossibilité pour un requérant de les invoquer, par elles-mêmes. Le moyen fondé sur la violation d'une norme non directement applicable présenté devant le juge administratif est écarté comme inopérant. Par elle-même, la norme non directement applicable n'est pas apte à servir utilement de fondement à un moyen. Or, il a été précédemment remarqué que le juge peut admettre une forme d'invocabilité pour les normes non directement applicables, dans les hypothèses où existe une sorte de « médiation ». L'intermédiaire entre la norme non directement applicable et le justiciable qui souhaite s'en prévaloir peut, par exemple, être une mesure d'application ou une « législation-relais », par exemple.

¹⁷⁸⁸ CE Ass. 18 janvier 1980, *Bargain*, Rec. p. 29 ; A.J.D.A., p. 91, chron. A. FEFFER et Y. ROBINEAU ; R.A., p. 151, concl. A. BACQUET.

¹⁷⁸⁹ CE Ass. 29 avril 1981, *Ordre des architectes*, Rec. p. 198 ; A.J.D.A., p. 429, note B. GENEVOIS ; CE Ass. 22 janvier 1982, *Butin*, Rec. p. 27, et *Ah Won*, Rec. p. 33 ; A.J.D.A., p. 477, chron. B. LASSERRE et F. TIBERGHIEU, p. 440 ; R.D.P., p. 822, concl. A. BACQUET, note R. DRAGO, p. 816 ; R.A., n° 208, p. 387, note B. PACTEAU ; Gaz. Pal., 14/16 novembre 1982, comm. J.-P. BOIVIN ; J.C.P., G., II, 1983, 19968, note J. BARTHÉLÉMY.

« Le droit est une espèce de technique combinatoire de par sa finalité même qui transcende chacune des normes qui le composent »¹⁷⁹⁰. Comme le démontre Henry-Michel CRUCIS, dans un ordre juridique donné, la combinaison des normes est certes de nature fondamentalement hiérarchique, mais également diverse et complexe¹⁷⁹¹. La combinaison de normes désigne tant l'action de combiner que le résultat de cette action¹⁷⁹². Les techniques combinatoires peuvent se définir comme des « combinaisons de normes juridiques selon une certaine technique que va utiliser le juge dans le règlement d'un litige (...). Par exemple, exception d'illégalité, substitution de base légale, divisibilité, adages *lex posterior*, *lex specialis* »¹⁷⁹³... Il est possible de remarquer que la référence à la combinaison normative est presque exclusivement associée au juge qui semble en être l'auteur exclusif. Il est pourtant aisé de comprendre l'intérêt que peut avoir le requérant à s'essayer également à la technique combinatoire afin d'obtenir satisfaction.

Appliquée à l'invocabilité, la technique combinatoire consiste, pour le requérant, à combiner les normes qui fondent ses prétentions et peuvent permettre de contourner les obstacles liés à l'invocabilité des normes non directement applicables. En d'autres termes, le requérant ne cherche pas à se prévaloir des dispositions d'une seule règle juridique mais de celles de plusieurs actes prises ensembles et formant une certaine unité normative. L'invocabilité par combinaison dépasse donc l'invocabilité d'une addition pure et simple d'énoncés. Ce mécanisme s'apparente davantage à une opération « d'assemblage » de plusieurs normes qui consiste, selon l'expression utilisée par Georges VEDEL au sujet de la conciliation, à « les appliquer partiellement l'une et l'autre »¹⁷⁹⁴. Au-delà de l'addition des énoncés et de

¹⁷⁹⁰ AMSELEK P., *Réflexions critiques autour de la conception kelsenienne de l'ordre juridique*, R.D.P., 1978, p. 5 à 19, p. 10.

¹⁷⁹¹ CRUCIS H.-M., *Les combinaisons de normes dans la jurisprudence administrative française, contribution à l'étude du pouvoir normatif du juge de l'excès de pouvoir*, Paris, L.G.D.J., Bibliothèque de Droit public, t. 161, 1991, spé. p. 2 à 10.

¹⁷⁹² *Dictionnaire de l'Académie Française*, 9^e édition, v^e « Combinaison ».

¹⁷⁹³ CRUCIS H.-M., *op. cit.*, p. 11.

¹⁷⁹⁴ *La place de la Déclaration de 1789 dans le « bloc de constitutionnalité »*, in *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, Actes du colloque des 25 et 26 mai 1989 au Conseil constitutionnel, Paris, P.U.F., Recherches politiques, 1989, p. 35 à 64, p. 49. BLANQUER J.-M., *Les méthodes du juge constitutionnel*, Thèse, Paris II, 1993, p. 270 et suivantes.

leur conciliation, la technique de l'invocabilité par combinaison de normes peut également relever de la création d'un faisceau d'énoncés, considéré comme un ensemble concourant à l'établissement d'un résultat normatif déterminé¹⁷⁹⁵. Eu égard à sa complexité, l'invocabilité par combinaison nécessite une analyse approfondie de la nature et de l'étendue de son mécanisme (Paragraphe I), avant l'examen de ses justifications théoriques (Paragraphe II).

Paragraphe I : La définition du mécanisme de l'invocabilité par combinaison de normes

La détermination du mécanisme de l'invocabilité par combinaison de normes exige, en premier lieu, une définition concrète du raisonnement employé (A), avant, en second lieu, d'en relever les applications dans la pratique contentieuse (B).

A - La notion d'invocabilité par combinaison

Il est nécessaire de déterminer les caractéristiques essentielles de l'invocabilité par combinaison (1) avant d'analyser les cas d'application du mécanisme (2).

1. L'opération de combinaison de normes aux fins de fonder un moyen

La technique de l'invocabilité par combinaison fait écho au principe de liberté du juge qui préside à l'exercice des méthodes qui s'offrent à lui dans le cadre des affaires qui lui sont soumises. En d'autres termes, l'invocabilité par combinaison de normes a pour but d'influencer le raisonnement du juge afin qu'il fasse usage de sa liberté dans un sens déterminé, et de manière plus précise que celle résultant de l'invocation d'une norme unique. La liberté du juge résulte « *de la part créatrice qu'il peut, qu'il doit assumer dans la fabrication de la "prémisse majeure", c'est-à-dire de la règle de droit présentée comme fondement et principe normatif de la "norme juridictionnelle" posée*

¹⁷⁹⁵ En se fondant sur l'un des sens courant du terme de « faisceau », comme un « *ensemble d'éléments abstraits rassemblés* ». Le Nouveau Petit Robert, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, v^e « Faisceau », 5^e sens.

au terme de l'opération. Si le juge fabrique lui-même, au moins pour partie, la prémisse de droit qui le conduira à la conclusion, c'est-à-dire à la décision, il bénéficie d'une liberté juridique, plus ou moins grande, certes, selon les cas, essentiellement en fonction du caractère déterminé, et déterminant, d'une règle législative à laquelle il veut se référer pour l'"appliquer" (...). Le juge n'agit donc pas en logicien : il n'est pas dans les liens ; il use au contraire de liberté »¹⁷⁹⁶. La combinaison de normes invoquée a ainsi pour effet d'inciter le juge à exercer la part créatrice de son travail en ce qu'elle constitue la première étape de la construction du dispositif.

L'un des éléments les plus adaptés à fonder une invocabilité par combinaison est probablement le principe d'égalité, utilisé comme vecteur de justiciabilité des normes non directement applicables. En effet, comme le souligne Laurence GAY, « se limiter au constat de la liberté d'appréciation des pouvoirs dans la concrétisation des droits à prestation découlant du Préambule constitutionnel de 1946 conduit à mésestimer les garanties dont ces derniers sont entourés. (...) Même quand une violation des droits-créances eux-mêmes n'est pas établie, ce principe prend le relais pour limiter, corriger la liberté d'appréciation des autorités législatives et infra-législatives »¹⁷⁹⁷. L'utilisation du principe d'égalité comme facteur limitant du caractère discrétionnaire de la compétence des autorités normatives se traduit par une augmentation du degré de justiciabilité des normes qui lui sont associées. En toute logique, le principe d'égalité peut être utilisé comme un instrument d'invocation d'une norme non directement applicable consacrant un droit-créance, dans le cadre d'une invocabilité par combinaison. Le rôle central du principe d'égalité dans les procédures juridictionnelles découle certainement de sa « dualité de nature qui lui confère une place particulière parmi la catégorie des droits fondamentaux : l'égalité constitue à la fois droit fondamental en soi et une condition d'exercice d'autres droits fondamentaux. En cela il constitue ce qu'on pourrait appeler un "droit-support", un "droit tuteur" »¹⁷⁹⁸. De surcroît, ce principe est consacré

¹⁷⁹⁶ EISENMANN C., *Juridiction et logique (selon les données du droit français)*, in *Mélanges Gabriel MARTY*, Toulouse, publiés par l'Université des Sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 477 à 506, p. 506.

¹⁷⁹⁷ GAY L., *Les « droits-créances » constitutionnels*, Bruxelles, Bruylant, Collection de droit public comparé et européen, 2007, p. 591.

¹⁷⁹⁸ FAVOREU L. et alii, *Droit des libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, Précis, 5^e éd., 2009, p. 383.

ou mentionné par une pluralité d'énoncés de valeur constitutionnelle¹⁷⁹⁹ et se retrouve en droit international des droits de l'Homme et dans le droit de l'Union européenne¹⁸⁰⁰. Le principe d'égalité est d'un champ d'application potentiel suffisamment étendu pour pouvoir être combiné à de nombreuses règles, à plus forte raison aux formulations consacrant des droits à prestation matérielle¹⁸⁰¹. Ces éléments font certainement du principe d'égalité l'un des droits fondamentaux les plus souvent invoqués devant le Conseil constitutionnel et devant le juge administratif.

Le principe d'égalité peut également être utilisé comme vecteur de justiciabilité des normes non directement applicables. Les résultats d'une étude de la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du juge administratif¹⁸⁰² font largement écho aux constats théoriques précédemment établis, en révélant la fonction essentielle du principe d'égalité, non pas comme fondement juridique de l'obligation de prestation, mais comme impératif à respecter dans l'aménagement concret de la prestation. Il est ainsi valable de penser que la combinaison fondée sur le principe d'égalité ne constitue en aucun cas une technique de nature à augmenter la force obligatoire d'une norme ne consacrant qu'une faculté d'exercice d'une compétence normative, elle ne crée pas d'obligation d'agir. En revanche, l'application de ce principe n'est effectivement pertinente qu'eu égard à la manière dont les autorités normatives entendent encadrer le domaine considéré. L'invocabilité par combinaison du principe d'égalité et d'une autre norme est un mécanisme largement utilisé dans

¹⁷⁹⁹ Le principe d'égalité figure parmi les premières règles issues des déclarations de droits que le juge administratif a appliquées. Cf. par exemple CE Sect. 9 mars 1951, *Société des concerts du conservatoire*, Rec. p. 151 ; S., III, p. 81, note C. H. ; Dr. Soc., p. 168, concl. M. LETOURNEUR, note J. RIVERO ; G.A.J.A. n° 64 ; et CE Ass. 28 mai 1954, *Barel et autres*, Rec. p. 308, concl. M. LETOURNEUR ; R.D.P., p. 509, concl., note M. WALINE ; R.P.D.A., p. 149, concl., note C. EISENMANN ; R.A., p. 393, concl., note G. LIET-VEAUX ; A.J.D.A., II, p. 396, note M. LONG ; D., p. 594, note G. MORANGE ; S., III, p. 97, note A. MATHIOT ; G.A.J.A. n° 69. Pour une application plus ancienne, voir, par exemple CE 30 novembre 1923, *Couitéas*, Rec. p. 789 ; G.A.J.A. n° 40.

¹⁸⁰⁰ Principalement sous la forme de l'interdiction des discriminations arbitraires

¹⁸⁰¹ Comme le constate également Laurence GAY, *op. cit.*, p. 592. Par exemple, les alinéas 12 et 13 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 font directement référence à l'égalité, en affirmant respectivement que « la Nation proclame la solidarité et l'égalité de tous les Français devant les charges qui résultent des calamités nationales », et que « la Nation garantit l'égal accès de l'enfant et de l'adulte à l'instruction, à la formation professionnelle et à la culture ».

¹⁸⁰² Le juge judiciaire est en effet, de par sa compétence, nettement moins amené à manier le principe d'égalité, à l'exception du contentieux social. Toutefois, l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité en droit français étendra certainement le potentiel d'invocabilité de ce principe.

le cadre de la procédure de contrôle de conformité des lois à la Constitution de l'article 61, comme l'illustre par exemple la décision du Conseil constitutionnel relative à la taxe carbone¹⁸⁰³. Dans le cadre de cette saisine, les requérants invoquent une combinaison comportant les dispositions des articles 2, 3 et 4 de la Charte de l'environnement, et du principe d'égalité. Le Conseil constitutionnel accueille le moyen et censure la disposition attaquée, à la suite d'un examen particulièrement minutieux des effets pratiques du texte attaqué¹⁸⁰⁴.

Grand pourvoyeur de contentieux devant le juge administratif, « le principe d'égalité n'a rien perdu de son charme, ni même de son éclat »¹⁸⁰⁵. Par une décision récente le Conseil d'État admet l'invocation directe de ce principe à l'encontre d'un acte individuel¹⁸⁰⁶, et confirme cette tendance. Il est intéressant de constater qu'en principe, le moyen fondé sur la violation de cette règle est inopérant pour contester la légalité des décisions prises en application d'une compétence liée. Mais dans les cas où l'administration dispose d'un pouvoir discrétionnaire – qui correspondent à la problématique liée aux normes non directement applicables – le principe d'égalité permet au juge de répondre au risque d'arbitraire, notamment par le recours au

¹⁸⁰³ CC n° 2009-599 DC, 29 décembre 2009, *Loi de finances pour 2010*, Rec. p. 218, considérants 79 à 82, p. 232 à 233 ; G.D.C.C. n° 42.

¹⁸⁰⁴ CC n° 2009-599 DC, 29 décembre 2009, *Loi de finances pour 2010*, précitée, considérant 82 : « des réductions de taux de contribution carbone ou des tarifications spécifiques peuvent être justifiées par la poursuite d'un intérêt général, tel que la sauvegarde de la compétitivité de secteurs économiques exposés à la concurrence internationale ; que l'exemption totale de la contribution peut être justifiée si les secteurs économiques dont il s'agit sont spécifiquement mis à contribution par un dispositif particulier ; qu'en l'espèce, si certaines des entreprises exemptées du paiement de la contribution carbone sont soumises au système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans l'Union européenne, il est constant que ces quotas sont actuellement attribués à titre gratuit et que le régime des quotas payants n'entrera en vigueur qu'en 2013 et ce, progressivement jusqu'en 2027 ; qu'en conséquence, 93 % des émissions de dioxyde de carbone d'origine industrielle, hors carburant, seront totalement exonérées de contribution carbone ; que les activités assujetties à la contribution carbone représenteront moins de la moitié de la totalité des émissions de gaz à effet de serre ; que la contribution carbone portera essentiellement sur les carburants et les produits de chauffage qui ne sont que l'une des sources d'émission de dioxyde de carbone ; que, par leur importance, les régimes d'exemption totale institués par l'article 7 de la loi déferée sont contraires à l'objectif de lutte contre le réchauffement climatique et créent une rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques ».

¹⁸⁰⁵ BOTTEGHI D. et LALLET A., *Chronique générale de jurisprudence administrative française*, intitulé de la note sous CE Sect. 30 décembre 2010, *Ministre du logement et de la ville*, A.J.D.A., 2011, p. 150.

¹⁸⁰⁶ CE Sect. 30 décembre 2010, *Ministre du logement et de la ville*, Rec. p. 533, concl. G. DUMORTIER ; A.J.D.A., 2011, p. 150, chron. D. BOTTEGHI et A. LALLET.

précédent administratif¹⁸⁰⁷. Cette logique n'est pas sans rappeler celle de la directive administrative.

2. Les applications du mécanisme

Le mécanisme de l'invocabilité par combinaison est admis tant devant le Conseil constitutionnel que devant le juge administratif. Dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel précise en effet que « *si l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, impose au législateur d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques, sa méconnaissance ne peut, en elle-même, être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution* »¹⁸⁰⁸. Cette formule signifie que la méconnaissance de l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi par une disposition législative n'est pas considérée comme portant atteinte « *aux droits et libertés garantis par la Constitution* ». En d'autres termes, l'intelligibilité et l'accessibilité de la loi ne sont pas des droits constitutionnellement garantis au bénéfice des individus¹⁸⁰⁹ mais des obligations dont le respect incombe au législateur. Dans cette perspective, le Conseil constitutionnel refuse d'admettre l'invocabilité d'un moyen fondé sur le seul objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi. Le refus n'est certainement pas extensible à un moyen tiré de ce que la méconnaissance de cet objectif porte atteinte à un droit ou une liberté constitutionnellement garantis. L'apport de la combinaison normative par rapport à l'invocation du seul objectif de

¹⁸⁰⁷ « *La mise en œuvre des dispositions, rappelées ci-dessus, du code de la construction et de l'habitation implique que l'autorité administrative tienne compte, pour l'appréciation du besoin de conservation de la ressource en logements, des autorisations de changement d'affectation de locaux d'habitation qu'elle a précédemment accordées ; qu'en outre, l'autorité administrative peut, sans méconnaître le principe d'égalité, modifier les critères, notamment géographiques, sur lesquels elle fonde cette appréciation, lorsqu'un intérêt général en relation avec les objectifs de la législation en cause le justifie* », CE Sect. 30 décembre 2010, *Ministre du logement et de la ville c. Mme Durozey*, précité.

¹⁸⁰⁸ CC n° 2010-4/17 QPC, 22 juillet 2010, *M. Alain C. et autre*, Rec. p. 156, considérant 9, p. 158.

¹⁸⁰⁹ Ainsi que l'explique le Conseil d'État, CE 10 décembre 2010, *Conférence nationales des présidents des Unions régionales de médecins libéraux*, n° 342148, inédit au Recueil Lebon : « *la requérante ne peut utilement invoquer l'objectif d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui n'est pas au nombre des droits et libertés garantis par la Constitution* ».

valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi dans ce cadre précis est de doter l'invocateur de la qualité de destinataire de l'ensemble normatif invoqué. Tel est probablement le raisonnement sous-jacent dans la décision *Alban Salim B.* du Conseil constitutionnel, censurant une disposition législative en raison de son incompatibilité avec le principe de la séparation des pouvoirs combiné au droit à un recours juridictionnel effectif¹⁸¹⁰.

Par ailleurs, l'invocabilité par combinaison est un mécanisme largement utilisé dans le cadre de la procédure de contrôle de conformité des lois à la Constitution de l'article 61, comme l'illustre notamment la décision du Conseil constitutionnel relative à la taxe carbone¹⁸¹¹, dans le cadre de laquelle les requérants invoquent une combinaison comportant les dispositions des articles 2, 3 et 4 de la Charte de l'environnement et le principe d'égalité. Le Conseil constitutionnel accueille le moyen et censure la disposition attaquée¹⁸¹². Dans le cadre du contentieux administratif ordinaire, il est décidé que les énoncés des normes de valeur constitutionnelle non directement applicables ne s'imposent « à l'autorité administrative, en l'absence de précision suffisante, que dans les conditions et les limites définies par les dispositions contenues dans les lois ou dans les conventions internationales incorporées au droit français » par suite, le requérant ne saurait « utilement (...) invoquer

¹⁸¹⁰ CC n° 2010-100 QPC, 11 février 2011, *M. Alban Salim B.*, J.O.R.F. du 11 février 2011 p. 2758, considérant 5 : « en s'abstenant d'indiquer le motif précis d'illégalité dont il entendait purger l'acte contesté, le législateur a méconnu le principe de la séparation des pouvoirs et le droit à un recours juridictionnel effectif, qui découlent de l'article 16 de la Déclaration de 1789 ».

¹⁸¹¹ CC n° 2009-599 DC, 29 décembre 2009, *Loi de finances pour 2010*, Rec. p. 218, considérants 79 à 82, p. 232 à 233 ; G.D.C.C. n° 42.

¹⁸¹² CC n° 2009-599 DC, 29 décembre 2009, *Loi de finances pour 2010*, précitée, considérant 82 : « des réductions de taux de contribution carbone ou des tarifications spécifiques peuvent être justifiées par la poursuite d'un intérêt général, tel que la sauvegarde de la compétitivité de secteurs économiques exposés à la concurrence internationale ; que l'exemption totale de la contribution peut être justifiée si les secteurs économiques dont il s'agit sont spécifiquement mis à contribution par un dispositif particulier ; qu'en l'espèce, si certaines des entreprises exemptées du paiement de la contribution carbone sont soumises au système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans l'Union européenne, il est constant que ces quotas sont actuellement attribués à titre gratuit et que le régime des quotas payants n'entrera en vigueur qu'en 2013 et ce, progressivement jusqu'en 2027 ; qu'en conséquence, 93 % des émissions de dioxyde de carbone d'origine industrielle, hors carburant, seront totalement exonérées de contribution carbone ; que les activités assujetties à la contribution carbone représenteront moins de la moitié de la totalité des émissions de gaz à effet de serre ; que la contribution carbone portera essentiellement sur les carburants et les produits de chauffage qui ne sont que l'une des sources d'émission de dioxyde de carbone ; que, par leur importance, les régimes d'exemption totale institués par l'article 7 de la loi déférée sont contraires à l'objectif de lutte contre le réchauffement climatique et créent une rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques ».

ce principe indépendamment desdites dispositions »¹⁸¹³. Il est possible de se référer aux décisions rendues pour le droit à l'emploi consacré par l'alinéa 5¹⁸¹⁴ et le droit à la participation pour tout travailleur inscrit à l'alinéa 8¹⁸¹⁵. Ces motifs rappellent le raisonnement développé en matière d'*interpositio legislatoris* et révèlent que la Haute juridiction considère la norme non directement applicable et les textes contribuant à développer son énoncé comme un ensemble indivisible, pris comme un tout. Le requérant ne peut ainsi valablement se prévaloir d'un des éléments de l'ensemble normatif, mais de l'intégralité de la combinaison normative définie par le juge.

Enfin, une autre illustration d'admission de l'invocabilité par combinaison des normes non directement applicables peut être trouvée dans la jurisprudence en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique. En effet, l'article 6 de la Charte de l'environnement de 2004, disposant que « *les politiques publiques doivent promouvoir un développement durable. À cet effet, elles concilient la protection et la mise en valeur de*

¹⁸¹³ Selon la formule de principe employée dans CE 27 septembre 1985, *Association France Terre d'Asile*, Rec. p. 263 ; constamment et régulièrement reprise depuis.

¹⁸¹⁴ Pour un exemple récent, cf. CE 13 mars 2009, *Coppa*, n°319916, inédit au Recueil Lebon. En revanche, le Conseil constitutionnel reconnaît l'invocabilité directe de cette disposition, sans combinaison normative, dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité. CC n°2011-119 QPC, 1^{er} avril 2011, *Mme Denise R. et autre*, (J.O.R.F. du 2 avril 2011, p. 5895 ; J.C.P., S., Act., 168) : « *considérant, en deuxième lieu, qu'en prévoyant un agrément pour exercer la profession d'assistant maternel ou d'assistant familial, le législateur a entendu garantir « la sécurité, la santé et l'épanouissement des mineurs et majeurs de moins de vingt et un ans » ; que, ce faisant, il a opéré une conciliation entre le droit d'obtenir un emploi et les exigences constitutionnelles des dixième et onzième alinéas du Préambule de 1946 ; qu'il n'a méconnu ni le principe d'égalité devant la loi ni le droit pour chacun d'obtenir un emploi* ».

l'environnement, le développement économique et le progrès social », est considéré, en l'absence d'*interpositio legislatoris*, comme non directement applicable par le juge administratif¹⁸¹⁶. Cependant, à l'occasion de deux affaires récentes¹⁸¹⁷, la Haute juridiction a rejeté le moyen tiré de la méconnaissance de ces dispositions comme inopérant à l'issue du contrôle de l'utilité publique de travaux autoroutiers. Dans ce cadre, le Conseil d'État reste silencieux sur la nécessité de l'existence d'un texte de mise en œuvre et n'utilise pas la formule selon laquelle « *lorsque des dispositions législatives ont été prises pour assurer la mise en œuvre des principes énoncés aux articles 1, 2 et 6 de la Charte de l'environnement de 2004, à laquelle le Préambule de la Constitution fait référence en vertu de la loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1er mars 2005, la légalité des décisions administratives s'apprécie par rapport à ces dispositions, sous réserve, s'agissant de dispositions législatives antérieures à l'entrée en vigueur de la charte de l'environnement, quelles ne soient pas incompatibles avec les exigences qui découlent de cette charte* »¹⁸¹⁸. Plus encore, l'article 6 de la Charte est directement appliqué aux déclarations d'utilité

¹⁸¹⁵ CE 9 juillet 1986, *Syndicat des commissaires de police et hauts fonctionnaires de la police*, Rec., Tables, p. 586 ; R.D.P., 1987, p. 250 : « *si les requérants reprochent à l'arrêté attaqué de ne prévoir, dans la composition du comité technique paritaire ministériel, aucune organisation syndicale représentative du corps des commissaires de police, et de méconnaître ainsi le principe exprimé dans le préambule de la constitution du 27 octobre 1946 aux termes duquel "tout travailleur participe par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises", les droits reconnus par ce principe ne peuvent s'exercer que dans le cadre des dispositions législatives et réglementaires qui le régissent* ». Il est intéressant de remarquer l'appréciation du droit de participation de l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946, faite par le Conseil constitutionnel dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité. CC n° 2011-122 QPC, 29 avril 2011, *Syndicat C.G.T. et autre*, (J.O.R.F. du 30 avril 2011, p. 7535) : « *ce droit a pour bénéficiaires, sinon la totalité des travailleurs employés à un moment donné dans une entreprise, du moins tous ceux qui sont intégrés de façon étroite et permanente à la communauté de travail qu'elle constitue, même s'ils n'en sont pas les salariés ; (...) considérant que l'article L. 1111-3 du code du travail n'a pas de conséquences sur les droits et obligations des salariés en cause ; qu'il ne leur interdit pas, en particulier, d'être électeur ou éligible au sein des instances représentatives du personnel de l'entreprise dans laquelle ils travaillent ; que, par suite, il ne porte pas atteinte, en lui-même, au principe de participation des travailleurs à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises* ». Voir également CC n° 2011-126 QPC, 6 mai 2011, *Syndicat S.U.D. A.F.P.*, (J.O.R.F. du 7 mai 2011, p. 7852), où l'alinéa 8 est invoqué par combinaison avec l'article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen.

¹⁸¹⁶ CE 19 juin 2006, *Association Eau et rivière de Bretagne*, précité. Cf. *supra*, p. 437 et suivantes.

¹⁸¹⁷ CE 17 mars 2010, *Association Alsace nature et autres*, Rec., Tables, p. 672 et p. 862 ; A.J.D.A., p. 581 ; D., p. 2468, obs. F.-G. TRÉBULLE ; N.C.C.C., n° 29, p. 261, chron. A. VIDAL-NAQUET ; Dr. env., p. 296, note G. IACONO et P. JANIN ; R.J.E., p. 493, note R. HOSTIOU. CE 16 avril 2010, *Association Alcaly et autres*, Rec., Tables, p. 810, p. 831, p. 861, et p. 947 ; A.J.D.A., p. 812 ; D., p. 1061, note B. MATHIEU ; L.P.A., n° 149, 28 juillet 2010, p. 11, note O. LE BOT ; R.D.I., p. 370, obs. R. HOSTIOU ; N.C.C.C., n° 29, p. 261, chron. A. VIDAL-NAQUET ; Constitutions, p. 218, obs. B. MATHIEU ; R.T.D. Civ., p. 504, obs. P. DEUMIER. Constitutions, 2010, p. 611.

publique contestées¹⁸¹⁹, la Haute juridiction déclarant le moyen inopérant à l'issue d'un contrôle de l'utilité publique selon les règles posées par la jurisprudence *Ville Nouvelle-Est*¹⁸²⁰. Le raisonnement aboutit au constat de l'absence de bilan défavorable. Il est intéressant de souligner que, dans ces deux affaires, l'invocabilité directe de l'article 6 de la Charte est admise à l'encontre de décisions d'espèce¹⁸²¹. Selon Élise CARPENTIER, ces décisions appliquent directement l'article 6 de la Charte « à

¹⁸¹⁸ CE 19 juin 2006, *Association Eau et rivière de Bretagne*, précité ; et, réciproquement, CE 19 juillet 2010, *Association du quartier « Les Hauts de Choiseul »*, précité.

¹⁸¹⁹ CE 17 mars 2010, *Association Alsace nature et autres*, précité : « si les requérants contestent l'impact positif escompté en matière de développement économique et de sécurité, et s'ils mettent en doute les évaluations proposées en matière d'évolution et de report du trafic, leurs affirmations ne sont pas assorties d'éléments suffisants pour en apprécier le bien-fondé ; que le choix du tracé retenu par rapport à d'autres tracés possibles ne saurait être utilement invoqué pour contester l'utilité publique de l'opération ; qu'enfin, si les requérants affirment que l'opération contribuera à accélérer les changements climatiques, qu'elle compromettra la survie d'espèces protégées, qu'elle consommera d'importantes ressources naturelles et agricoles, qu'elle portera atteinte à la santé et à la tranquillité des habitants, à la qualité des paysages et du patrimoine historique, ainsi qu'à l'homogénéité des communes traversées, il ne ressort pas des pièces des dossiers qu'eu égard aux précautions prises pour en limiter les effets, et en dépit de ce que, selon les requérants, elle ne serait pas conforme aux principes énoncés par le Président de la République dans son discours du 25 octobre 2007 à l'issue du Grenelle de l'environnement et repris dans une note du Premier ministre prescrivant la neutralité carbone des projets financés au titre des contrats de plan, qui ne sauraient être utilement invoqués, les inconvénients effectifs de cette opération puissent être regardés comme excessifs par rapport à l'intérêt qu'elle présente ; que, dès lors, doit être écarté le moyen tiré de ce que le décret attaqué n'aurait pas concilié la protection et la mise en valeur de l'environnement, le développement économique et le progrès social, comme le requiert l'article 6 de la Charte de l'environnement ». CE 16 avril 2010, *Association Alcaly et autres*, précité : « les travaux déclarés d'utilité publique par le décret attaqué ont pour objet de créer un nouvel axe d'intérêt régional, destiné à remédier à la saturation de l'autoroute A47 entre la ville de Saint-Etienne et la ville de Lyon, de fiabiliser et de réduire le temps de trajet entre ces deux villes, et d'améliorer la sécurité routière, y compris pour le trafic restant sur l'A47 ; qu'il doit plus généralement contribuer à l'amélioration de la desserte de l'ouest lyonnais et à l'amélioration des liaisons internationales qui passent par le Massif central ; que si les requérants soutiennent que les atteintes portées à l'environnement naturel et aux zones d'habitation traversées seraient excessives, il ressort du dossier que, eu égard à l'importance du projet ainsi qu'aux précautions qui l'accompagnent, notamment en ce qui concerne la protection de la ressource en eau et des milieux naturels sensibles, ni les inconvénients qu'il comporte, ni le fait qu'il n'apporte pas de réponse d'ensemble aux difficultés de circulation aux arrivées ouest de Lyon, ni enfin son coût, qui englobe d'ailleurs les mesures destinées à répondre aux contraintes liées à la sensibilité du milieu traversé, ne peuvent être regardés comme excessifs et de nature à lui retirer son caractère d'utilité publique ; que, par suite, doit également être écarté le moyen tiré de ce que le décret attaqué n'aurait pas concilié la protection et la mise en valeur de l'environnement, le développement économique et le progrès social, comme le requiert l'article 6 de la Charte de l'environnement ».

¹⁸²⁰ CE Ass. 28 mai 1971, *Ministre de l'Équipement et du Logement c. Fédération de défense des personnes concernées par le projet actuellement dénommé « Ville nouvelle Est »*, Rec. p. 410, concl. G. BRAIBANT ; A.J.D.A., p. 405, chron. D. LABETOULLE et P. CABANES, p. 463, concl. ; R.A., p. 422, concl. ; J.C.P., II, 16873, note A. HOMONT ; D., 1972, p. 194, note J. LEMASURIER ; C.J.E.G., 1972, p. 35, note J. VIROLE ; R.D.P., 1972, p. 454, note M. WALINE ; G.A.J.A. n° 85.

¹⁸²¹ Qui, selon la classification matérielle des actes administratifs établie par René CHAPUS (*Droit administratif général*, Tome 1, Paris, Montchrestien, 15^e éd., 2001, p. 524 à 533), sont des actes non réglementaires, non créateurs de droit. « Ces décisions, qui ne sont ni individuelles, ni générales, viennent édicter des « normes d'espèce », c'est-à-dire des règles se rapportant à une situation ou à une opération particulière », J. RIVERO et J. WALINE, *Droit administratif*, Paris, Dalloz, Précis, 21^e éd., 2006, p. 350.

*des déclarations d'utilité publique (qui sont des "décisions d'espèce"), certes sans évoquer la nécessité d'un texte infra-constitutionnel de mise en œuvre, mais tout en considérant que l'absence de bilan défavorable au sens de la jurisprudence Ville-Nouvelle-Est impliquait le rejet du moyen – ce qui revient un peu à faire de ce "standard jurisprudentiel" la norme de mise en œuvre non expressément requise »¹⁸²². Certes, l'invocabilité de l'article 6 de la Charte de l'environnement n'est pas admise dans le cadre d'une contestation classique de la légalité d'un acte administratif ou lorsque ce dernier ne concerne pas le droit de l'environnement¹⁸²³. Mais il ressort des décisions *Association Alsace nature et autres* et *Association Alcaly et autres* que « non seulement l'article 6 de la Charte est directement invocable mais qu'il prend tout naturellement place dans la mise en œuvre de la théorie du bilan. Si les moyens tirés d'une absence de conciliation de la protection et de la mise en valeur de l'environnement avec le développement économique et le progrès social n'ont, jusqu'ici, pas été accueillis, le seul constat, formulé sans ambiguïté, que l'article 6 la requiert et qu'elle est contrôlée par le juge suffit à marquer une étape importante dans la prise en compte du développement durable »¹⁸²⁴.*

B – Les contours du mécanisme de l'invocabilité par combinaison de normes

Afin de permettre la transformation d'un ensemble juridique en « norme juridictionnelle », la combinaison des normes invoquée se doit de respecter certaines conditions (1) et est enfermée dans des limites strictes (2).

¹⁸²² CARPENTIER E., *Le principe constitutionnel de précaution, les antennes-relais et le juge administratif*, Constitutions, 2010, p. 611. Voir également POIROT-MAZÈRE I., *Les décisions d'espèce*, R.D.P., 1992, p. 443.

¹⁸²³ CE 8 juillet 2009, *Commune de Saint-Dié des Vosges et autres*, Rec. p. 255; Gaz. Pal., n° 211, 30 juillet 2009, p. 2, concl. M. GUYOMAR ; A.J.D.A., 2010, p. 398, note M. TOUZEIL-DIVINA ; CE 8 juillet 2009, *Confédération générale du travail et autres*, Rec. p. 609, p. 819 et p. 914 ; CE 8 juillet 2009, *Commune de Nogent-le-Rotrou et autres*, n° 319066, inédit au Recueil Lebon ; CE 19 février 2010, *Molline et autres*, Rec. p. 20 ; A.J.D.A., p. 357, note M.-C. DE MONTECLER ; D., p. 1376, obs. J.-P. CÉRÉ, M. HERZOG-EVANS et E. PÉCHILLON.

¹⁸²⁴ TRÉBULLE F.-G., note sous CE 17 mars 2010, *Association Alsace nature et autres*, et CE 19 juillet 2010, *Association du quartier « Les Hauts de Choiseul »*, D., 2010, Panorama Environnement, p. 2468 à 2480, p. 2475.

1. Le choix des éléments à combiner et la nature de la combinaison normative invoquée

Le mécanisme de l'invocabilité par combinaison de normes est susceptible d'emporter la conviction du juge principalement en fonction du choix des normes composant l'ensemble et de la manière dont les énoncés ont été combinés. Ces éléments ne sont pas sans rappeler les questions relatives à l'invocabilité d'une norme non directement applicable en cas d'existence d'une *interpositio legislatoris* qui constitue, en théorie, une invocabilité par combinaison¹⁸²⁵. Ces deux notions sont en effet très proches mais ne sauraient se confondre pour autant. L'*interpositio legislatoris* appelle nécessairement une combinaison normative, néanmoins, le juge considère la notion sous un angle fonctionnel de norme de mise en œuvre. La qualification d'acte juridique de mise en œuvre est acquise aux textes d'une valeur juridique inférieure à la norme non directement applicable qui entrent dans son champ d'application et présentent certaine continuité matérielle avec les énoncés concernés : est qualifiable de norme de mise en œuvre toute norme qui, au regard de son contenu matériel et de sa valeur juridique, est apte à remplir la fonction de mise en œuvre et à produire des effets juridiques exploitables par le juge dans un cadre contentieux déterminé.

Le mécanisme de l'invocabilité par combinaison de normes tel qu'envisagé par cette étude fait référence à un cadre plus large que celui de l'invocabilité d'une norme non directement applicable en cas d'existence d'une *interpositio legislatoris* ou d'une transposition. Le choix des éléments de la combinaison normative invoquée n'est limité, ni par la nature écrite ou non écrite de la norme, ni par le facteur hiérarchique : les normes à combiner peuvent être de même valeur juridique ou de valeurs juridiques différentes. Cette affirmation peut être illustrée par les exemples des conditions d'invocabilité de l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité, ou de celles relatives à l'invocabilité de l'alinéa 10 du Préambule de la Constitution de 1946 devant le juge administratif. En revanche, les exigences de compatibilité des champs d'application et de continuité matérielle entre les normes

¹⁸²⁵ Cf. *supra*, p. 429.

se retrouvent dans la combinaison normative. Elles dépassent toutefois le cadre strict du lien entre une norme donnée et sa norme de mise en œuvre. Les règles prises comme éléments d'une combinaison invocable ne doivent pas coïncider mais simplement être compatibles. La compatibilité matérielle n'est pas nécessairement évidente mais peut s'obtenir par l'interprétation qui a pour objet de lier les normes distinctes en un ensemble cohérent – tel le ciment liant les briques pour former un mur. Cette exigence de compatibilité guide le choix des normes à combiner qui ne peuvent donc être antagonistes ou irréconciliables. Elles doivent pouvoir fonctionner dans la complémentarité afin de permettre l'établissement d'une composition de leurs énoncés et de produire un argument conforme à la logique juridique.

Le choix des normes à combiner dans le cadre d'une invocabilité par combinaison trouve son pendant dans l'attitude du juge qui « *ne se contente pas seulement de combiner les normes juridiques selon des rapports d'exclusion mais s'efforce également de les concilier, de les mettre en balance, de les harmoniser, de les fusionner* »¹⁸²⁶. Cette technique ancienne procède d'un raisonnement particulièrement fin dont l'objectif est de réussir à appliquer conjointement plusieurs normes sans nuire à leurs prescriptions respectives. Maurice HAURIUOU qualifiait ces constructions de « *combinaisons transactionnelles* »¹⁸²⁷. Le mécanisme de l'invocabilité par combinaison de normes envisagé par cette étude ne s'inspire pas d'une logique transactionnelle ou d'une nécessité de provoquer un contrôle de proportionnalité, un contrôle de la conciliation opérée entre deux objectifs amenés à se heurter, en d'autres termes, à une technique de conciliation *stricto sensu*. Dans ce cadre, la manière de combiner les normes peut principalement s'exprimer par deux techniques : l'addition des énoncés normatifs ou leur rapprochement dont il est déduit une règle qui n'est pas expressément contenue dans les normes invoquées. Au-delà de la lettre des normes

¹⁸²⁶ CRUCIS H.-M., *op. cit.*, p. 163. L'auteur établit une typologie générale des techniques combinatoires employées par le juge de l'excès de pouvoir, fondées notamment sur deux fondements indirects et trois fondements directs distincts : les combinaisons par différence entre les normes, les combinaisons par préférence accordée à l'une des normes, les combinaisons par interférence entre les normes. Cette troisième technique se rapproche de l'idée développée par la présente étude.

¹⁸²⁷ HAURIUO M., note sous CE 4 avril 1914, *Gomel*, et 1^{er} mai 1914, *Abbé Didier*, S., 1917, III, p. 25. Cité par H.-M. CRUCIS, *op. cit.*, p. 163.

invoquées, l'interprétation donnée à chacune des règles, puis à l'ensemble invoqué, détermine la part normative du comportement espéré du juge.

La première technique de combinaison normative relève de l'addition des énoncés et correspond au cas le plus simple. Le but de l'invocabilité par combinaison de normes est de fonder le raisonnement sur une chaîne normative dont chaque maillon apporterait un degré de concrétisation supplémentaire au précédent. Tel est le cas topique de l'invocation combinée d'une norme A et de sa norme de mise en œuvre B. Cette construction intellectuelle est subséquente à la formulation retenue par le juge administratif à l'issue de laquelle certaines normes de valeur constitutionnelle non directement applicables ne s'imposent « à l'autorité administrative, en l'absence de précision suffisante, que dans les conditions et les limites définies par les dispositions contenues dans les lois ou dans les conventions internationales incorporées au droit français » par suite, le requérant ne saurait « utilement (...) invoquer ce principe indépendamment desdites dispositions »¹⁸²⁸. En théorie, la combinaison par addition des énoncés recouvre également le cas d'invocation d'une norme non directement applicable de valeur constitutionnelle et de l'*interpositio legislatoris* visant à en concrétiser les dispositions. Cependant, la réalité du contentieux ne se réfère qu'à la norme de mise en œuvre¹⁸²⁹, comme en témoigne les exemples d'utilisation de l'alinéa 12 du Préambule en tant que fondement de dispositions législatives relatives à un système d'indemnisation pour les personnes rapatriées suite à des événements politiques¹⁸³⁰.

¹⁸²⁸ Selon la formule de principe employée dans CE 27 septembre 1985, *Association France Terre d'Asile*, Rec. p. 263 ; constamment et régulièrement reprise depuis.

¹⁸²⁹ Cf. *supra*, « Le statut contentieux de la norme non directement applicable et l'existence d'une norme de mise en œuvre », p. 437.

¹⁸³⁰ CE 14 janvier 2004, *Agence nationale pour l'indemnisation des Français d'outre-mer (A.N.I.F.O.M.) c. Taheraly*, Rec. p. 8 : « aux termes de l'article 1er de la loi du 26 décembre 1961, relative à l'accueil et à la réinstallation des Français d'outre-mer, les Français, ayant dû ou estimé devoir quitter, par suite d'événements politiques, un territoire où ils étaient établis et qui était antérieurement placé sous la souveraineté, le protectorat ou la tutelle de la France, pourront bénéficier du concours de l'État, en vertu de la solidarité nationale affirmée par le préambule de la Constitution de 1946, dans les conditions fixées par la présente loi ; qu'aux termes de l'article 1er de la loi du 4 décembre 1985 portant amélioration des retraites des rapatriés, les dispositions relatives à l'assurance volontaire vieillesse s'appliquent : a) aux Français ayant exercé une activité professionnelle qui ont dû ou ont estimé devoir quitter, par suite d'événements politiques, un territoire où ils étaient établis et qui était antérieurement placé sous la souveraineté, le protectorat ou la tutelle de la France ».

En revanche, la seconde technique de combinaison, relevant davantage de la création normative, s'avère plus complexe et plus incertaine. L'objectif de la combinaison invoquée est de former un ensemble normatif dépassant le cadre strict de l'addition des énoncés en présence, voire permettant de déduire de l'ensemble l'existence d'une règle qui ne figure pas expressément dans ces énoncés. Le raisonnement procède de la fusion des normes invoquées ou de l'interprétation conforme¹⁸³¹. Par exemple, la Haute juridiction a récemment décidé que les dispositions de l'article L. 132-3 du code de l'action sociale et des familles, prévoyant que « *les ressources de quelque nature qu'elles soient, à l'exception des prestations familiales, dont sont bénéficiaires les personnes placées dans un établissement au titre de l'aide aux personnes âgées ou de l'aide aux personnes handicapées, sont affectées au remboursement de leurs frais d'hébergement et d'entretien dans la limite de 90%* », « *doivent être interprétées comme imposant également de déduire de cette assiette, soit la part des tarifs de sécurité sociale restant à la charge des assurés sociaux du fait des dispositions législatives et réglementaires et le forfait journalier prévu par l'article L. 174-4 du code de la sécurité sociale, soit les cotisations d'assurance maladie complémentaire nécessaires à la couverture de ces dépenses* », « *eu égard aux exigences résultant du onzième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, auquel se réfère le Préambule de la Constitution en vertu duquel la nation garantit à tous la protection de la santé* »¹⁸³². Dans le même sens, le Conseil d'État précise que « *le respect des exigences primordiales de solidarité nationale découlant du onzième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 doit être apprécié, d'une part, compte tenu de l'ensemble des dispositions en vertu desquelles des sommes sont susceptibles d'être laissées à la charge des assurés sociaux à raison des dépenses de santé qu'ils exposent, notamment au titre des participations prévues à l'article L. 322-2 du code de la sécurité sociale, et, d'autre part, au regard des incidences de telles mesures sur la situation des personnes les plus vulnérables ou défavorisées* »¹⁸³³.

¹⁸³¹ Qui peut être intrinsèquement considérée comme une combinaison normative. Cf. *supra*, « L'invocabilité d'interprétation », p. 351 et suivantes.

¹⁸³² CE 12 mars 2010, *Département du Calvados*, n° 307443, inédit au Recueil Lebon ; reprenant la démarche posées dans CE Ass. 14 décembre 2007, *Département de la Charente-Maritime*, précité.

¹⁸³³ CE 6 mai 2009, *Association FNATH, Association des accidents de la vie, Association nationale de défense des victimes de l'amiante*, Rec. p. 185 ; A.J.D.A., 2010, p. 283, note H. RIHAL.

Il est également possible de se référer à l'utilisation par le juge administratif de l'article 6 de la Charte de l'environnement dans le contrôle du bilan coût-avantage d'une déclaration d'utilité publique¹⁸³⁴ pour en déduire une admission certaine de l'invocabilité de cette disposition dans ce contexte juridique particulier. L'article 6 de la Charte de l'environnement serait ainsi invoqué dans le cadre d'un ensemble normatif et factuel visant à apprécier l'utilité publique de l'acte contesté. Plus encore, ces dispositions permettent de légitimer la théorie jurisprudentielle du bilan et remplissent une fonction d'instrument de conciliation entre plusieurs nécessités ou impératifs.

2. Le champ d'application du mécanisme

En dehors des limites identifiées par Henri-Michel CRUCIS¹⁸³⁵, il est nécessaire de déterminer les cas dans lesquels le recours à l'invocabilité par combinaison de normes peut être pertinent. Le mécanisme de l'invocabilité par combinaison tel qu'envisagé jusqu'à présent semble, de prime abord, être adapté à la diversité des normes non directement applicables. Toutefois, les formulations employées par le juge administratif énonçant les conditions techniques de l'invocabilité des normes non directement applicables présentent un contenu fort différent en fonction de la nature de la norme invoquée. Si les normes non directement applicables figurant dans le Préambule de la Constitution du 4 octobre 1958 doivent être combinées aux « *conditions et (...) limites définies par les dispositions contenues dans les lois ou dans les conventions internationales incorporées au droit français* » afin d'acquiescer la fonction de norme de référence du contrôle juridictionnel, tel n'est apparemment pas le cas des objectifs de valeur constitutionnelle, dont l'invocabilité s'avère encore plus restreinte. Cependant, il est possible de trouver une démarche semblable dans quelques espèces, telle que celle de l'arrêt *Comité national des interprofessions des vins et eaux-de-vie à appellation d'origine contrôlée* qui reprend la décision *Loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme*

¹⁸³⁴ CE 17 mars 2010, *Association Alsace nature et autres*, précité.

¹⁸³⁵ Définies comme des combinaisons par différence entre les normes, CRUCIS H.-M., *op. cit.*, spé. p. 63 à 114.

du Conseil constitutionnel¹⁸³⁶ : « l'interdiction de la publicité en faveur des boissons alcoolisées répond, en particulier vis-à-vis de la jeunesse, à un objectif de protection de la santé publique dont le principe, de valeur constitutionnelle, a été posé par la loi du 10 janvier 1991 modifiant le code des débits de boissons et des mesures contre l'alcoolisme auquel des dérogations ne peuvent être légalement apportées que dans des conditions et selon des modalités strictement définies par le législateur lui-même »¹⁸³⁷.

Il est également nécessaire de préciser que l'emploi du mécanisme de l'invocabilité par combinaison de normes n'est pas adapté à toutes les procédures existantes en droit public français. En premier lieu, cette technique n'est manifestement pas pertinente dans le cadre des exigences des contentieux visant à sanctionner la carence des autorités administratives dans l'exercice obligatoire de leurs compétences normatives. Dans ces procédures, la loi ou la directive européenne se suffisent à elles-mêmes pour permettre le constat de carence et sa sanction. En second lieu, l'invocabilité par combinaison semble peu adaptée à la structure de l'office du juge des référés. Le cadre procédural du référé-suspension exige que le juge construise son appréciation à partir de la situation juridique qui lui est soumise en s'en tenant à l'apparence et à la vraisemblance, tout en s'interdisant de trancher des questions de droit encore inédites. En revanche, le Conseil d'État a récemment eu recours à une combinaison normative fondant la qualification de « l'égal accès à l'instruction » de liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative, relatif au référé-liberté : les motifs de l'ordonnance se réfèrent à l'alinéa 13 du Préambule de la Constitution de 1946, à l'article 2 du premier protocole additionnel à la Convention E.D.H., et à certains articles du Code de l'éducation¹⁸³⁸. Dans un sens contraire, le juge du référé-liberté estime que « si, dans une décision du 29 juillet 1998, le Conseil constitutionnel a qualifié d'objectif de valeur constitutionnelle la "possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent", il n'a pas consacré l'existence d'un droit au logement ayant rang de principe constitutionnel ; que les

¹⁸³⁶ CC n° 90-283 DC, 8 janvier 1991, *Loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme*, Rec. p. 11.

¹⁸³⁷ CE 29 juillet 1998, *Comité national des interprofessions des vins et eaux-de-vie à appellation d'origine contrôlée*, Rec., Tables, p. 728 et p. 1150.

¹⁸³⁸ CE, ord. réf., 15 décembre 2010, *Ministre de l'éducation nationale, de la recherche et de la vie associative M. et Mme Peyrillhé*, n° 344729, précité.

*stipulations relatives à l'accès des particuliers au logement qui sont contenues dans certaines conventions internationales ratifiées par la France ne créent d'obligations qu'entre les États parties à ces conventions et ne produisent pas d'effet direct à l'égard des personnes privées ; qu'ainsi, les organisations requérantes ne sont pas fondées à soutenir que le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, auquel se réfère le préambule de la Constitution du 4 octobre 1958, ou lesdites conventions garantiraient l'exercice d'un droit au logement qui présenterait le caractère d'une liberté fondamentale au sens des dispositions de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative »¹⁸³⁹. Il est également possible de comparer l'ordonnance du juge du référé-liberté rendue dans l'affaire *Tibéri*¹⁸⁴⁰ et de la décision du juge du recours pour excès de pouvoir dans l'affaire *Hollande et Mathus*¹⁸⁴¹. Dans la première espèce le juge affirme que « le principe du caractère pluraliste de l'expression des courants de pensée et d'opinion est une liberté fondamentale », utilisant directement l'objectif de valeur constitutionnelle. Dans la seconde, le Conseil d'État se réfère à la combinaison de cet objectif et de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen dans une formule particulièrement confuse : « l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, à laquelle se réfère le Préambule de la Constitution, garantit la libre communication des pensées et des opinions ; que le pluralisme des courants de pensée et d'opinion, dont le pluralisme de l'expression politique est une composante, est l'une des conditions de la liberté ainsi garantie et de la démocratie et qu'il constitue en lui-même un objectif de valeur constitutionnelle ».*

Paragraphe II : Les justifications théoriques de la combinaison de normes

Les développements précédents se sont concentrés sur les aspects pratiques de l'invocabilité par combinaison et, dans une perspective fonctionnelle, comme moyen visant à contourner le refus de l'invocabilité simple et directe d'une norme non directement applicable. La technique combinatoire appliquée à l'invocabilité peut également se justifier sous l'angle théorique dans la mesure où elle correspond à

¹⁸³⁹ CE, ord. réf., 3 mai 2002, *Association de réinsertion sociale du Limousin et autres*, n° 245697, précité.

¹⁸⁴⁰ CE, ord. réf., 24 février 2001, *Tibéri*, n° 230611, Rec. p. 85 ; R.F.D.A., p. 629, note B. MALIGNER ; D., Jurispr., p. 1748, note R. GHEVONTIAN.

¹⁸⁴¹ CE Ass. 8 avril 2009, *Hollande et Mathus*, précité.

une double nécessité, en compensant l'incomplétude des normes non directement applicables (A) et en répondant aux besoins du juge de s'assurer de la volonté des autorités normatives (B).

A – Une nécessité due à la nature des normes non directement applicables

L'invocabilité par combinaison de normes présente l'avantage de compenser les carences inhérentes à la nature des normes non directement applicables tant en termes de facilité de concrétisation (1) qu'en termes de potentiel d'utilisation contentieuse (2).

1. La combinaison comme compensation d'une faible normativité

Le mécanisme de l'invocabilité par combinaison est particulièrement adapté à la problématique relative à l'invocabilité des normes non directement applicable en ce qu'il permettrait de « compenser » leurs insuffisances juridiques. Comme il a été précisé à de nombreuses reprises, les normes non directement applicables s'identifient principalement par le caractère général, imprécis, vague de leurs énoncés. Cette densité normative est conçue comme étant lacunaire, elle rendrait impossible l'application concrète directe de la norme, faute de pouvoir précisément déterminer les implications réelles de la teneur même de ses prescriptions.

Aussi l'invocabilité d'une combinaison normative comprenant une norme non directement applicable a-t-elle pour avantage d'être admise par le juge, là où l'invocabilité de la seule norme non directement applicable serait très probablement refusée. La position du juge peut s'expliquer par le fait que l'invocabilité par combinaison nécessite la prise en compte d'un ensemble normatif, plus dense que le seul énoncé de la norme non directement applicable. Cet ensemble est de nature à permettre au juge d'emprunter au dispositif ainsi construit la solution de la question à trancher, capacité relevant de la définition même de l'applicabilité directe selon

Joe VERHOEVEN¹⁸⁴². La qualité de cet ensemble découle de ce que la norme non directement applicable voit ses prescriptions concrétisées, tant dans le cadre d'une combinaison de normes par addition de leurs énoncés que dans celui d'une combinaison par fusion des énoncés, fondement d'une règle nouvelle implicitement contenue dans l'ensemble. L'apport normatif de la technique combinatoire a pour effet de compenser la faible densité normative des énoncés non directement applicables¹⁸⁴³. La combinaison permet de pallier l'indétermination des prescriptions des énoncés non directement applicables, en bénéficiant d'un degré de normativité plus important ; et réciproquement, dans le cas d'une combinaison formée par l'interprétation conforme d'un énoncé aux prescriptions d'une norme non directement applicable. Cette dernière est utilisée comme référent interprétatif aux fins d'orienter le contenu d'une règle tierce permettant donc d'en étendre le champ d'application. Ce faisant, la norme non directement applicable participe à une technique d'interprétation en orientant les énoncés interprétés. À son tour, la norme non directement applicable apporte un complément de sens, faisant ainsi écho à la définition de la norme développée par Hans KELSEN : « une "norme" est la signification d'un acte par lequel une conduite est ou prescrite, ou permise et en particulier habilitée »¹⁸⁴⁴.

De plus, il est nécessaire de relever que le mécanisme de l'invocabilité par combinaison, appliqué aux normes non directement applicables, correspond parfaitement à leurs principaux effets juridiques¹⁸⁴⁵. Il permet de traduire dans le champ du contentieux la fonction de cadre, de guide de l'action normative de toute norme non directement applicable, en particulier dans les cas où la technique combinatoire relève de l'addition des énoncés ou de l'interprétation. Ce mécanisme restaure également les normes non directement applicables, tant dans leur rôle de

¹⁸⁴² VERHOEVEN J., *La notion d'« applicabilité directe » du droit international*, R.B.D.I., 1980, p. 243 à 264, p. 244.

¹⁸⁴³ La normativité, caractéristique essentielle de toute norme juridique, est ici entendue comme la capacité à déterminer les conduites. Cf. *supra*, « Introduction », spé. p. 26 à 41.

¹⁸⁴⁴ KELSEN H., *Théorie pure du droit*, traduction française de la deuxième édition de la *Reine Rechtslehre* par Charles EISENMANN, Paris, L.G.D.J., Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 7.

¹⁸⁴⁵ Cf. *supra*, Première partie, Titre Second « Les déséquilibres du régime juridique des normes non directement applicables », p. 189.

source du droit et de source d'interprétation, que dans leur fonction de normes de conciliation et de normes d'impulsion. Ainsi, l'emploi d'une norme non directement applicable combinée à d'autres énoncés permet au juge de fonder son raisonnement en l'absence de règle spécifique préexistant au litige et d'éviter, certes, le déni de justice, mais surtout les critiques inhérentes à toute création juridique *ex nihilo*.

2. La combinaison comme instrument permettant d'établir une relation juridique complète entre l'individu et l'État

Par leur nature, les normes non directement applicables sont en théorie considérées comme incapables d'établir une relation juridique suffisamment « aboutie » entre l'individu et l'État. Cette incapacité est déduite soit de leur manque de normativité, soit d'un contenu littéralement interprété comme concernant uniquement les relations interétatiques. En d'autres termes, de l'application du critère objectif d'applicabilité résulte une insuffisance dans la détermination de la conduite prescrite qui empêche l'existence d'une relation juridique complète entre l'individu et l'État et de l'application du critère subjectif d'applicabilité est déduite un champ limité aux droits et obligations s'appliquant entre les États parties à une convention internationale, exclusif du lien entre l'individu et l'État. Les normes non directement applicables, considérées comme incapables d'établir une relation juridique suffisamment dense entre le particulier et l'État, voient cette inaptitude se refléter dans les obstacles à leur invocabilité : en l'absence d'une telle relation juridique, –établie par une action tierce– le requérant ne saurait utilement se prévaloir d'une norme non directement applicable. Ce raisonnement se retrouve dans la formule de principe retenue par le juge administratif pour les cas où le requérant invoque un énoncé de valeur constitutionnelle non directement applicable¹⁸⁴⁶. La formulation employée pour les stipulations internationales non directement applicables est –pour l'instant– plus succincte et consiste

¹⁸⁴⁶ Le principe contenu dans ces dispositions « ne s'impose à l'administration, en l'absence de précision suffisante, que dans les conditions et les limites définies par les dispositions contenues dans les lois ou dans les conventions internationales incorporées au droit français ; que, par suite, M. Coppa ne saurait, en tout état de cause, pour critiquer la légalité de la décision de mutation dont il a fait l'objet, invoquer ce principe indépendamment desdites dispositions », CE 13 mars 2009, *Coppa*, n° 319916, inédit au Recueil Lebon.

principalement en l'affirmation de l'absence d'effet direct de laquelle est déduite l'impossibilité de les invoquer¹⁸⁴⁷. L'incapacité de ces stipulations à produire des effets directs rejoint leur inaptitude à établir, par elles-mêmes, une relation juridique contraignante entre l'État et les individus. Conceptuellement, l'État est ainsi censé « s'auto-obliger », « s'auto-limiter », sans que le respect de ces obligations soit exigible par l'individu. Le non respect par l'État de ces stipulations ne lui est donc pas opposable dans l'ordre interne, l'individu ne peut s'en prévaloir dans la mesure où elles ne peuvent pas être sources de droits subjectifs dont il serait titulaire.

Dans ce contexte, l'invocabilité par combinaison de normes constitue une base apte à l'établissement d'une relation juridique suffisante pour être opposable à l'État et permet à l'ensemble invoqué de constituer une « norme juridictionnelle » exploitable par le juge. Ce dernier est ainsi en mesure d'utiliser l'ensemble normatif invoqué comme référence juridique, tout en ménageant sa conception affirmée des limites de son propre office. L'invocation d'une combinaison de norme permet d'utiliser un énoncé non directement applicable, élément de cette combinaison, comme norme de référence. Or, cette fonction de norme de référence du contrôle juridictionnel est traditionnellement refusée aux normes non directement applicables invoquées seules. Il est cependant nécessaire de préciser que certains principes sont reconnus par le juge comme ayant une force juridique et contraignante, alors même que leur contenu est particulièrement flou ou fluctuant¹⁸⁴⁸. Mais au-delà du rôle précis de la norme non directement applicable dans la combinaison invoquée, il reste à déterminer la fonction réelle de cet ensemble dans le règlement du litige soumis au juge. Les motifs de droit « *consistent en l'affirmation que telle règle de droit (...) est applicable –ou n'est pas applicable– à l'espèce, c'est-à-dire doit être mise par le juge à la base*

¹⁸⁴⁷ CE 23 décembre 2010, *Association Aides, Association des familles victimes du saturnisme (A.F.V.S.), Comité médical pour les exilés (C.O.M.E.D.E.) et Groupement d'information et de soutien des travailleurs immigrés (G.I.S.T.I.)*, Rec., Tables, p. 774 et p. 991 ; A.J.D.A., 2011, p. 463, concl. C. LANDAIS : « ces stipulations, qui ne produisent pas d'effets directs à l'égard des particuliers, ne peuvent être utilement invoquées ».

¹⁸⁴⁸ Tel est par exemple le cas emblématique de l'intérêt général.

de sa décision finale ; après quoi vient l'affirmation que cette règle doit conduire le juge à telle décision ou norme d'espèce, qu'il va en effet prononcer ou poser »¹⁸⁴⁹.

Il existe plusieurs opérations intellectuelles différentes qui entrent dans le champ de la notion de norme de référence ou de base de la décision finale du juge. L'invocabilité par combinaison de normes a pour fonction et pour effet de stimuler l'interprétation juridictionnelle, indispensable à l'établissement d'une « chaîne normative » permettant au juge de construire un dispositif intégrant une norme non directement applicable. Pour reprendre les termes utilisés notamment par Charles EISENMANN, la technique combinatoire exige du juge de se référer à la norme et non à la « terminologie du texte » : *« une règle de droit déterminant complètement la décision du juge (...), une règle de droit complète n'existe, en ce sens, (...) que lorsque tous ses éléments sont déterminés ; et ces éléments, ce ne sont pas des mots, ce sont les idées »¹⁸⁵⁰.*

Ainsi, la technique combinatoire présente une grande souplesse, permet de construire des moyens nuancés et complexes, plus conformes à la réalité du travail juridictionnel. Appliquée aux normes non directement applicables, l'un de ses principaux avantages est notamment de permettre l'établissement d'un lien juridique entre la norme, l'État et le justiciable, nécessaire à toute prise en compte contentieuse.

B – Une nécessité pour le juge de s'assurer de la volonté des autorités normatives

Le mécanisme de l'invocabilité par combinaison présente l'avantage de permettre au juge de s'assurer de la volonté des autorités normatives, question au cœur de la problématique posée par le régime contentieux des normes non

¹⁸⁴⁹ EISENMANN C., *Juridiction et logique (selon les données du droit français)*, in Mélanges Gabriel MARTY, Toulouse, publiés par l'Université des Sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 477 à 506, p. 480.

¹⁸⁵⁰ EISENMANN C., *op. cit.*, p. 503-504, note 18 : *« pour une bonne théorie du droit, il faudrait se méfier comme de la peste de « la terminologie du texte » ; ce à quoi il faut toujours se référer en pensée, c'est la règle, c'est la norme. Le texte n'est jamais que l'énoncé et la consignation matérielle, par l'écriture – et l'imprimerie – d'une règle, ou d'une norme. En lui-même, ce n'est qu'un ensemble de mots, de signes... qui devraient être significatifs, mais ne le sont pas toujours, s'il n'y a pas correspondu chez le rédacteur une idée (...) qu'il a cru et voulu exprimer par ce mot ».*

directement applicables. La détermination de la volonté des autorités publiques permet non seulement d'apporter un complément de sens aux énoncés non directement applicables souvent considérés comme lacunaires (1) mais est aussi un facteur fortement légitimant dans l'utilisation par le juge de sa liberté (2).

1. La volonté de l'autorité normative comme complément de sens à l'énoncé de la norme

« Au cas où telle disposition législative n'est pas claire selon sa lettre, on recherche, pour en déterminer le sens, quelle a été la volonté du législateur qui l'a votée »¹⁸⁵¹. Selon une conception positiviste du droit largement reçue dans la pratique juridique française, le droit est perçu, par définition, comme le droit en vigueur d'origine humaine. Ces caractéristiques d'établissent par opposition à la pensée jusnaturaliste dans le cadre de laquelle l'homme possède, par essence, des droits naturels qui préexistent à leur constatation par un acte juridique. Le positivisme juridique a pour corollaire logique l'emploi de techniques d'interprétation de nature essentiellement linguistique, centrées sur la lettre du texte, la syntaxe, la sémantique. Au cas où la mise en œuvre de ces techniques ne suffit pas à déterminer de manière certaine la signification précise de l'énoncé examiné, l'acte d'interprétation s'établit par le recours à la volonté subjective de l'auteur de la norme juridique. La volonté est ainsi placée à la source de la juridicité de la règle sur le plan théorique, mais aussi de la normativité dans son usage pratique. Ce raisonnement conduit, dans un premier temps, à l'assimilation de la signification, *stricto sensu*, de l'énoncé à ce qu'il prescrit, dans une démarche de nature quasi-sémantique¹⁸⁵². Dans un second temps, comme le démontre notamment Michel TROPER¹⁸⁵³, la recherche du sens de la norme n'est cohérente et possible que si l'énoncé prescrit réellement quelque chose. L'existence de ce prérequis se détermine par la recherche de la signification, *lato sensu*, de

¹⁸⁵¹ VEDEL G., *La place de la Déclaration de 1789 dans le « bloc de constitutionnalité »*, in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, Actes du colloque des 25 et 26 mai 1989 au Conseil constitutionnel, Paris, P.U.F., Recherches politiques, 1989, p. 35 à 64, p. 44.

¹⁸⁵² Le Nouveau Petit Robert, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, v^e « Sémantique ».

¹⁸⁵³ TROPER M., *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen en 1789*, in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, op. cit., p. 13 à 24, spé. p. 14-15.

l'énoncé. Le sens général de la norme est conçu comme élément d'un tout au moyen d'une opération intellectuelle d'interprétation quasi-syntaxique¹⁸⁵⁴, fondée sur la forme : « on cherche alors à déterminer son caractère, l'espèce à laquelle il appartient. (...) En ce sens, déterminer la signification d'un texte, c'est affirmer qu'il possède globalement un caractère prescriptif ou indicatif. Dans le cas de la Déclaration des droits de l'homme, rechercher la signification, c'est examiner si elle consiste dans un ensemble de prescriptions adressées au législateur, si ces prescriptions ont un caractère juridique et si ce caractère doit être attribué à la volonté contingente de leurs auteurs ou à la nature universelle de l'homme »¹⁸⁵⁵.

Dans cette optique, les normes non directement applicables peuvent être considérées par le juge comme insuffisamment pourvues de signification *stricto sensu*, comme en témoigne le recours aux critères objectif et subjectif d'applicabilité. L'emploi du critère objectif d'applicabilité, commun à toute norme juridique, vise précisément à distinguer les normes d'un degré de précision suffisant pour être signifiantes, des autres, par conséquent non directement applicables « faute de sens ». L'emploi du critère subjectif d'applicabilité, réservé aux stipulations des conventions et engagements internationaux, s'inscrit également dans la détermination de la signification de l'énoncé, mais menée davantage dans une perspective contractuelle, sous l'angle de la qualité de destinataire de la norme par opposition de celle de tiers à la norme. L'élément fondamental de cette opération de distinction est la volonté des parties à la convention, en principe auteurs et sujets de la stipulation examinée.

Au-delà du traditionnel appel aux travaux préparatoires, la recherche de la signification concrète de la norme peut passer par l'emploi d'autres instruments. La technique combinatoire s'inscrit parfaitement dans cet ensemble, en ce qu'elle permet au juge comme au requérant de disposer de plusieurs manifestations de volonté, de plusieurs autorités normatives au soutien de son argumentation. Dans l'hypothèse où une norme non directement applicable est invoquée par combinaison avec

¹⁸⁵⁴ Le Nouveau Petit Robert, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, ve « Syntaxe » et « Syntaxique ».

¹⁸⁵⁵ TROPER M., *op. cit.*, p. 15.

d'autres actes juridiques, –normes de mise en œuvre, *interpositio legislatoris*, ou édictés de manière indépendante à la norme non directement applicable mais au champ d'application connexe– le juge change de mode de raisonnement. Il constate l'existence de plusieurs manifestations de volonté concordantes et peut s'appuyer sur l'ensemble des énoncés invoqués comme fondement d'une interprétation centrée sur la lettre des textes et sur la volonté subjective des autorités normatives. La technique combinatoire utilisée dans le cadre de l'invocabilité d'une norme non directement applicable a donc pour objet comme pour effet de fournir au juge suffisamment d'éléments juridiques pour construire une interprétation et permet ainsi de remédier à la carence de l'énoncé pris isolément. L'invocabilité par combinaison de normes apporte le complément de signification (*stricto sensu*) indispensable à l'utilisation de la norme comme instrument d'interprétation dans une conception positiviste du droit. À partir du constat de l'existence d'une pluralité de manifestations de volonté des autorités normatives, le juge construit un ensemble normatif doté d'un degré de normativité suffisant à son utilisation contentieuse.

De plus, l'emploi de ce critère, tant quantitatif que qualitatif, est à mettre en perspective avec la conception étroite qu'a le juge de son propre office. Dans cette optique, la référence à la norme non directement applicable enrichie de règles de mise en œuvre ou connexes, permet au juge de disposer d'éléments concrets propres à fonder son dispositif. Le juge peut ainsi trancher le litige, vérifier la compatibilité de l'acte attaqué au regard de la combinaison invoquée sans pour autant outrepasser les limites de sa compétence par une attitude interprétée comme contraire à une conception stricte du principe de séparation des pouvoirs. En dehors de l'hypothèse de combinaison normative, admettre l'invocabilité d'une norme non directement applicable et la qualifier de norme de référence de son contrôle revient – pour le juge administratif en tout cas –, soit à se substituer à une autorité normative disposant d'un pouvoir discrétionnaire, en légiférant à sa place soit à lui enjoindre à d'intervenir. Dans le premier cas, une telle attitude est donc interprétée comme une usurpation de pouvoir, dans le second, le juge outrepasserait les limites de son office. L'invocabilité par combinaison a ainsi pour effet principal de contourner les obstacles expressément désignés comme causes du refus de l'invocabilité des normes non

directement applicables. Plus encore, il est évident que le recours à une pluralité de normes de référence concordantes permet de résoudre l'affaire plus aisément que la simple invocation d'un énoncé dont les conséquences concrètes des prescriptions s'avèrent soit insuffisamment déterminées soit potentiellement trop nombreuses pour soutenir un dispositif de manière rigoureusement juridique.

2. La volonté de l'autorité normative comme légitimation de l'usage de la liberté juridictionnelle

Force est de constater que l'intérêt de la technique combinatoire ne se limite pas à des considérations théoriques. En effet, il ne faut pas occulter la nature de la fonction première des techniques combinatoires qui est de régler le travail contentieux du juge tout en constituant une variété de modes de gestion du droit. Il est cependant nécessaire d'approfondir la comparaison des cas dans lesquels une norme non directement applicable est exclusivement et directement invoquée devant le juge administratif et ceux qui correspondent à l'invocation d'une combinaison normative. Il a été mainte fois rappelé que le juge s'interdit d'admettre l'invocabilité directe d'une norme non directement applicable comme règle déterminante pour la solution du litige et même comme norme de référence, au principal motif théorique que cette prise en compte reviendrait à outrepasser les limites de son office (en pratique, la densité normative de l'énoncé invoqué est considérée comme insuffisante pour être utile au règlement du différend). « *D'un point de vue fonctionnel, la légitimité du juge réside dans la loi qu'il applique dès lors que celle-ci, expression de la volonté générale et procédant du mandat donné par la nation à ses représentants, est source de souveraineté* »¹⁸⁵⁶. Quand cette stricte application est impossible pour des raisons techniques, le juge se défend d'usurper un pouvoir d'édiction de normes dont il ne dispose pas et refuse de tenir compte dans son raisonnement de règles qui nécessiteraient une opération d'élaboration complémentaire au lieu d'une opération d'interprétation. Dans ce contexte, le recours à la combinaison normative comprenant une norme non directement applicable permet d'intégrer cette dernière

¹⁸⁵⁶ CANIVET G., « Légitimité du juge », in CADIET L. (dir.), *Dictionnaire de la Justice*, Paris, P.U.F., 2004, p. 815 à 820, spé. p. 819.

au raisonnement juridictionnel tout en préservant la légitimité fonctionnelle du juge, qui applique simultanément plusieurs règles.

De plus, la combinaison normative répond également aux nécessités de la seconde source de légitimité fonctionnelle du juge, qui réside dans la méthode employée pour résoudre l'affaire dont il est saisi. « *Devant l'impossibilité d'être seulement la "bouche de la loi", selon l'expression bien connue de Montesquieu, le juge, qui ne peut éviter de juger même dans le silence ou l'obscurité des textes, confronté à une demande sociale croissante de trancher des conflits de plus en plus diversifiés, complexes et sensibles, a l'obligation de répondre à la nécessité d'interpréter la loi en se gardant de tout arbitraire. (...) C'est alors sur la méthode qu'il applique que repose la légitimité du juge* »¹⁸⁵⁷. Dans les limites de son office, le juge est nécessairement amené à interpréter¹⁸⁵⁸ le droit applicable ; « *le pouvoir juridictionnel ne se réduit donc pas à la seule application de textes législatifs ou réglementaires ; il s'enrichit d'une fonction de découverte de principes généraux et d'interprétation de règles de natures diverses, donc de création d'un droit complémentaire* »¹⁸⁵⁹. Le recours à la combinaison normative devient un des facteurs légitimants de l'exercice de l'autonomie du juge, préférable à une construction plus audacieuse fondée sur un seul énoncé vague. Dans ces conditions, le recours à la technique combinatoire permet d'éviter de consacrer un droit subjectif justiciable à l'emploi ou au logement, par exemple, tout en tirant les conséquences de l'effet horizontal des énoncés non directement applicables. Le juge administratif, à l'instar du Conseil constitutionnel, déduit de l'alinéa 10 du Préambule de la Constitution de 1946¹⁸⁶⁰ le droit de mener une vie familiale normale, en combinaison avec l'article 8 de la Convention E.D.H.. Cette combinaison normative est notamment employée pour l'analyse des décisions de refus de visas de regroupement familial¹⁸⁶¹.

¹⁸⁵⁷ CANIVET G., *op. cit.*, p. 819-820.

¹⁸⁵⁸ Au sens strict.

¹⁸⁵⁹ CANIVET G., « Légitimité du juge », in CADIET L. (dir.), *Dictionnaire de la Justice*, Paris, P.U.F., 2004, p. 815 à 820, spé. p. 819.

¹⁸⁶⁰ Cette disposition consacre le devoir pour la Nation d'assurer à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement.

¹⁸⁶¹ Par exemple, CE, ord. réf., 19 juillet 2006, *Khamallah*, n° 294906, Rec., Tables, p. 1012.

Par ailleurs, le recours à la technique combinatoire comme facteur légitimant de l'exercice de la fonction juridictionnelle s'avère particulièrement important quand il porte sur des normes non directement applicables. Il a déjà été souligné que le manque de précision caractéristique des énoncés de ces dernières impliquait une liberté juridictionnelle telle que le juge s'interdit de l'exercer, la part créatrice de l'opération excédant les limites de la conception qu'il a de son propre office. La combinaison normative, en réduisant cette part créatrice et en fondant objectivement et juridiquement les motifs de ses décisions permet l'exercice de la liberté juridictionnelle, notamment en légitimant le raisonnement. Ce constat peut être approfondi en remarquant que la combinaison normative, en elle-même, est une manifestation de l'autonomie et de la liberté juridictionnelle. La décision de recourir à une combinaison normative ou non, la variété des combinaisons possibles, le choix des normes à combiner, le sens de la combinaison et les conclusions à en tirer sont autant de terrains d'exercice de la libre appréciation du juge. Pour reprendre les propos de Charles EISENMANN, exprimés lors d'une démonstration relative à la théorie de l'écran législatif, la position du juge administratif face aux normes non directement applicables traduit une conception particulière de l'ampleur de sa compétence : « *la subordination n'inclut pas l'obéissance de l'inférieur à toute manifestation de volonté supérieure, mais uniquement l'obéissance à ses manifestations de volonté régulières en la forme et rentrant dans les limites de sa compétence au fond* »¹⁸⁶². Cette liberté est d'autant plus importante que les normes utilisées sont malléables. Le fait même que le juge puisse se livrer à un choix des interprétations possibles, voire du mode d'interprétation et des techniques à employer démontre l'existence de la latitude dont il dispose dans la mise en œuvre des normes soumises à son appréciation. « *Ce qui fait l'objet de l'interprétation, en effet, ce n'est pas une norme, mais un texte, dont précisément on cherche à déterminer quelle est la norme qu'il pose. Dire qu'un texte peut être porteur de plusieurs sens, c'est dire qu'il peut contenir plusieurs normes entre lesquelles l'organe d'application doit choisir celle qui s'appliquera. Avant que ce choix intervienne, il n'y a pas de normes à appliquer, mais seulement un texte. C'est l'interprétation qui, en*

¹⁸⁶² EISENMANN C., note sous CE Sect. 6 novembre 1936, *Sieur Arrighi*, D., 1938, III., spé. p. 6.

quelque sorte, insère dans ce texte une norme précise »¹⁸⁶³. Ainsi, le juge « dispose d'une indépendance doublement mesurée et orientée lui permettant de faire intervenir, dans le recours, le choix et les mécanismes des techniques combinatoires, des considérations, des appréciations, des nuances, des subtilités qui sont autant de manifestations de son autonomie »¹⁸⁶⁴.

En conclusion, le recours à l'invocabilité par combinaison de normes permet au justiciable de contourner les obstacles dressés par le juge à l'invocabilité directe de certaines règles non directement applicables, tout en faisant écho aux techniques combinatoires couramment utilisées dans le travail juridictionnel. La technique combinatoire a pour effet d'apporter les indispensables compléments de sens, de normativité et de densité aux normes non directement applicables concernées, les rendant exploitables dans le travail juridictionnel.

En définitive, les normes non directement applicables peuvent bénéficier d'une invocabilité dans de nombreux cas, mais toujours sous une forme indirecte. Les techniques de substitution à l'invocabilité directe ainsi mises en œuvre font appel à des raisonnements d'une telle sophistication que se manifeste la nécessité de chercher des solutions alternatives.

¹⁸⁶³ TROPER M., *Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle*, in *Recueil d'études en hommage à Charles EISENMANN*, Paris, éditions Cujas, 1975, p. 133 à 151, p. 142. Cité par Henri-Michel CRUCIS, *Les combinaisons de normes dans la jurisprudence administrative française, contribution à l'étude du pouvoir normatif du juge de l'excès de pouvoir*, op. cit., p. 310.

¹⁸⁶⁴ CRUCIS H.-M., op. cit., p. 344.

Chapitre second : Les propositions de solution

Les insuffisances du droit positif en matière d'invocabilité des normes non directement applicables imposent désormais de s'interroger sur les moyens d'y remédier. Le principal problème réside dans le raisonnement juridictionnel suivant : une norme juridique considérée comme dépourvue d'applicabilité directe ne peut pas être directement invoquée seule, par elle-même ; une norme juridique jugée directement applicable peut être utilement invoquée, quelle que soit l'hypothèse. La réflexion débute naturellement par l'analyse des différentes propositions de solutions formulées dans le but d'améliorer la justiciabilité des normes non directement applicables (Section I). Cet examen mène à conclure à l'échec de ces suggestions. Malgré les indéniables évolutions du régime contentieux de certaines normes non directement applicables, l'admission de toute forme d'invocabilité directe est rejetée. Ce refus est réitéré par l'Assemblée du contentieux à l'occasion de la récente affaire *G.I.S.T.I. et F.A.P.I.L.*¹⁸⁶⁵.

Or, force est de constater que ces propositions sont toutes ponctuelles. Les conclusions du commissaire du Gouvernement Ronny ABRAHAM sur l'affaire *G.I.S.T.I.*¹⁸⁶⁶ et celles du Rapporteur public Gaëlle DUMORTIER sur la décision *G.I.S.T.I. et F.A.P.I.L.* ne font pas exception. Chaque intervention consiste à conseiller un revirement de jurisprudence afin de modifier le régime de l'invocabilité d'un certain type de règles. Dans le cas de l'affaire *G.I.S.T.I.*, Ronny ABRAHAM suggère d'admettre l'invocabilité des stipulations internationales dépourvues d'effet direct en raison de leur manque de précision (critère objectif d'applicabilité) à l'encontre des actes réglementaires, dans le cadre du recours pour excès de pouvoir. Les conclusions formulées à l'occasion de la décision *G.I.S.T.I. et F.A.P.I.L.* cherchent,

¹⁸⁶⁵ CE Ass. 11 avril 2012, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (G.I.S.T.I.) et Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement (F.A.P.I.L.)*, n° 322326, à paraître au Recueil Lebon ; R.F.D.A., p. 547, concl. G. DUMORTIER, p. 560, note M. GAUTIER ; A.J.D.A., p. 936, chron. A. BRETONNEAU et X. DOMINO.

¹⁸⁶⁶ CE Sect. 23 avril 1997, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (G.I.S.T.I.)*, Rec. p. 142, concl. R. ABRAHAM ; R.F.D.A., p. 585, concl. ; D., 1998, Jurispr., p. 15 ; A.J.D.A., p. 435, chron. D. CHAVALUX et T.-X. GIRARDOT ; R.G.D.I.P., 1998, p. 203, ét. D. ALLAND.

quant à elles, à démontrer que si une stipulation internationale peut toujours être invocable à l'encontre d'une disposition réglementaire ou législative, en revanche, seules les stipulations pourvues d'effet direct peuvent être invoquées à l'encontre des décisions individuelles ou des décisions d'espèce¹⁸⁶⁷.

Partant, il semble judicieux d'envisager une solution globale visant à prendre en compte l'ensemble des normes non directement applicables, et l'ensemble des problématiques qui y sont associées. Cette démarche nécessite de revenir sur les notions d'applicabilité et d'invocabilité (Section II).

Section I : L'échec des propositions ponctuelles de renforcement du contrôle des normes non directement applicables

L'une des solutions ponctuelles envisagées pour améliorer la justiciabilité de certains droits-créances, non directement applicables, est de passer par la notion de droit opposable. Le rapport public du Conseil d'État relatif au droit au logement de 2009 souligne les nombreux écueils inhérents à la mise en place du dispositif du droit au logement opposable (D.A.L.O.), parmi lesquels une large place est faite à la notion d'opposabilité¹⁸⁶⁸. Le rapport insiste en expliquant que « *l'évaluation souhaitée devrait donc commencer par cet indispensable effort de clarification* », relevant que la notion de droit opposable « *comporte en effet de dangereux a contrario* »¹⁸⁶⁹. Plus encore subsiste l'ambiguïté entre deux conceptions différentes de la définition d'un droit opposable : cette catégorie de droits a-t-elle pour conséquence une simple « justiciabilité normative » ou est-elle apte à constituer une catégorie de droits subjectifs directement justiciables¹⁸⁷⁰ ? Ces interrogations ne trouvent pas de réelle réponse,

¹⁸⁶⁷ Qui, selon la classification matérielle des actes administratifs établie par René CHAPUS (*Droit administratif général*, t. 1, Paris, Montchrestien, 15^e éd., 2001, p. 524 à 533), sont des actes non réglementaires, non créateurs de droit. « *Ces décisions, qui ne sont ni individuelles, ni générales, viennent édicter des « normes d'espèce », c'est-à-dire des règles se rapportant à une situation ou à une opération particulière* », J. RIVERO et J. WALINE, *Droit administratif*, Paris, Dalloz, Précis, 21^e éd., 2006, p. 350.

¹⁸⁶⁸ Conseil d'État, Rapport public annuel 2009, *Droit au logement, droit du logement*, E.D.C.E, n° 60, Paris, La Documentation française, 2009, spé. p. 309 à 312.

¹⁸⁶⁹ Rapport, précité, p. 309.

¹⁸⁷⁰ Rapport, précité, p. 310.

dans la mesure où la solution adoptée réside en la création d'une procédure *sui generis*, et non en une réflexion d'ensemble. « *Mais ce recours juridictionnel spécifique, qui constitue un progrès considérable, présente aussi moins de garanties qu'un recours de droit commun* »¹⁸⁷¹. Par ailleurs, le Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des Institutions de la V^e République suggère dans son rapport de mettre en place une saisine du Conseil d'État pour avis des propositions de loi inscrites à l'ordre du jour de l'une ou l'autre assemblée parlementaire¹⁸⁷². Cette proposition, reprise au dernier alinéa de l'article 39 de la Constitution¹⁸⁷³, s'inscrit dans le cadre de recommandations visant à réduire l'inflation législative et à améliorer la qualité des textes juridiques. L'idée est pourtant loin d'être exempte de critiques¹⁸⁷⁴ et reste d'un intérêt limité pour les normes non directement applicables en ce qu'elle ne concerne que les seules propositions de loi. Enfin, la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V^e République¹⁸⁷⁵ entend réformer en profondeur la préparation des lois, la discussion et l'application des lois, mais ne semble déjà que répondre partiellement aux nombreux problèmes relevés¹⁸⁷⁶.

Au-delà des pistes de réflexion engagées tant au niveau de la théorie juridique et de la légistique, qu'au niveau de la mise en place de mécanismes

¹⁸⁷¹ Rapport, précité, p. 310.

¹⁸⁷² *Une V^e République plus démocratique*, Rapport du Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V^e République, présidé par Édouard BALLADUR, Paris, La Documentation française, Fayard, 2007, Proposition n° 28, p. 40. Il est nécessaire d'indiquer qu'une « proposition de loi tendant à reconnaître une présomption d'intérêt à agir des membres de l'Assemblée nationale et du Sénat en matière de recours pour excès de pouvoir » a été déposée le 23 décembre 2010, mais s'est vu rejetée par le Sénat le 17 février 2011. L'ensemble des documents relatifs à cette initiative figure sur le site internet du Sénat, rubrique « Travaux parlementaires », sous-rubrique « Projets et propositions de loi » : <http://www.senat.fr/dossiers-legislatifs/textes-recents.html> ; notamment le rapport n° 278 fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale, déposé le 2 février 2011 par le sénateur Jean-René LECERF.

¹⁸⁷³ « Dans les conditions prévues par la loi, le président d'une assemblée peut soumettre pour avis au Conseil d'État, avant son examen en commission, une proposition de loi déposée par l'un des membres de cette assemblée, sauf si ce dernier s'y oppose ».

¹⁸⁷⁴ Notamment, SAGALOVITSCH E., *Pour la reconnaissance d'un intérêt à agir du Parlement devant le Conseil d'État*, A.J.D.A., 2008, p. 321.

¹⁸⁷⁵ Loi constitutionnelle n° 2008-724, J.O.R.F. du 24 juillet 2008, p. 11890.

¹⁸⁷⁶ Voir par exemple, GADHOUN P.-Y., *L'amélioration de la fabrication des lois : entre rénovation et révolution*, A.J.D.A., 2008, p. 1872.

préventifs, il semble nécessaire de réfléchir aux développements des contrôles juridictionnels portant sur les normes non directement applicables. Si quelques auteurs se sont penchés –succinctement, pour la plupart– sur la question de l’amélioration de l’efficacité des normes non directement applicables, seules deux séries de propositions différentes émergent. La première est d’ordre quantitatif et concerne l’augmentation des hypothèses de contrôle juridictionnel des normes non directement applicables (Paragraphe I). La seconde est d’ordre qualitatif et se fonde sur l’approfondissement des contrôles existants (Paragraphe II).

Paragraphe I: Le développement quantitatif des possibilités de contrôle juridictionnel des normes non directement applicables

Il existe deux solutions permettant d’augmenter le nombre d’hypothèses dans lesquelles le respect d’une norme non directement applicable peut être juridictionnellement sanctionnée : l’admission de leur invocabilité contre les actes réglementaires (A) et le développement des possibilités de sanctions de la carence normative (B).

A – L’admission de l’invocabilité des normes non directement applicables à l’encontre des actes réglementaires dans le cadre du recours pour excès de pouvoir

Il semble nécessaire d’analyser de manière approfondie les fondements juridiques des propositions d’admission de l’invocabilité des normes non directement applicables aux fins d’annulation d’un acte réglementaire (1), avant de discuter l’opportunité de cette solution (2).

1. Les propositions d'admission de l'invocabilité des stipulations internationales dépourvues d'effet direct à l'encontre des actes réglementaires

L'admission de l'invocabilité de certaines stipulations internationales dépourvues d'effet direct est une proposition formulée par le commissaire du Gouvernement Ronny ABRAHAM dans ses conclusions sur l'affaire *G.I.S.T.I.* du 23 avril 1997¹⁸⁷⁹ (a). Le 11 avril 2012, le Rapporteur public Gaëlle DUMORTIER reprend cette idée en concluant sur l'affaire *G.I.S.T.I. et F.A.P.I.L.*¹⁸⁸⁰ devant l'Assemblée du contentieux (b).

a. La proposition du commissaire du Gouvernement Ronny ABRAHAM

Dans ses célèbres conclusions sur l'affaire *G.I.S.T.I.* du 23 avril 1997¹⁸⁸¹, Ronny ABRAHAM développe de manière approfondie l'idée de l'admission de l'invocabilité des normes non directement applicables d'origine internationale à l'encontre d'un acte réglementaire dont est demandée l'annulation. Ce raisonnement est adaptable à l'ensemble des normes non directement applicables, quelle que soit leur origine, et a d'ailleurs été repris très récemment pour certaines dispositions du Préambule de la Constitution de 1958, en l'élargissant à l'invocabilité contre les lois¹⁸⁸². Après avoir constaté que le principe moniste énoncé à l'article 55 de la Constitution implique que les traités régulièrement introduits en droit interne « *sont généralement présumés produire des effets directs en droit interne, c'est-à-dire créer des droits subjectifs dont les particuliers peuvent se prévaloir devant le juge national* »¹⁸⁸³,

¹⁸⁷⁹ ABRAHAM R., concl. sur CE Sect. 23 avril 1997, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (G.I.S.T.I.)*, R.F.D.A., p. 585.

¹⁸⁸⁰ DUMORTIER G., concl. sur CE Ass. 11 avril 2012, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (G.I.S.T.I.) et Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement (F.A.P.I.L.)*, R.F.D.A., p. 547.

¹⁸⁸¹ ABRAHAM R., concl. sur CE Sect. 23 avril 1997, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (G.I.S.T.I.)*, R.F.D.A., p. 585.

¹⁸⁸² Voir notamment AGUILA Y., concl. sur CE Ass. 3 octobre 2008, *Commune d'Annecy*, R.F.D.A., p. 1147 à 1157, spé. p. 1151.

¹⁸⁸³ Conclusions, précitées, p. 589.

Ronny ABRAHAM relève le caractère partiellement erroné de l'automatisme de l'assimilation de l'effet direct à l'invocabilité d'un traité international devant les juridictions internes. Il propose ainsi l'admission d'une exception d'illégalité dirigée contre une disposition réglementaire, en commençant par distinguer selon les deux catégories de stipulations dépourvues d'effet direct. Les individus n'ont pas la possibilité de se prévaloir des stipulations dont l'objet même est de régler les rapports entre les États parties au traité, mais les États sont recevables à agir devant le juge administratif contre une décision du Gouvernement qui leur ferait grief¹⁸⁸⁴. Dès lors que le juge accepte d'être saisi d'un litige entre États, il serait paradoxal d'interdire à l'État requérant de se prévaloir de celles des stipulations des traités qui le lient à la France dont l'objet est précisément de lui garantir un droit dont il est l'unique titulaire.

Quant aux normes dont l'absence d'applicabilité tient au caractère insuffisamment précis, complet et inconditionnel de leurs énoncés, l'inopérance des moyens qu'elles fondent ne peut s'expliquer que par certains motifs dont la pertinence n'est pas avérée. Le premier motif consiste à estimer que les énoncés trop vagues pour être directement applicables sont considérés comme dépourvus du caractère de norme juridique. Or, les limites de cette conception ont déjà été relevées¹⁸⁸⁵, le caractère général de la règle n'exclut pas sa juridicité. Il ne faut en effet pas confondre les traités internationaux, engagements juridiquement contraignants, avec les déclarations d'intention politique, quand bien même les stipulations conventionnelles comprendraient des objectifs généraux. Le Préambule de la Constitution comporte des principes tout aussi généraux, et cela ne fait pas obstacle à

¹⁸⁸⁴ CE Sect. 18 avril 1986, *Société Les mines de potasse d'Alsace c. Province de la Hollande septentrionale et autres*, Rec. p. 116 ; R.G.D.I.P., p. 597, note J.-F. CHAMBAULT ; A.J.D.A., p. 292, chron. M. AZIBERT et M. FORNACCIARI ; R.F.D.A., 1987, p. 479, concl. M. DANDELOT, note D. RUZIÉ, p. 492 ; et CE Ass. 15 octobre 1993, *Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et Gouverneur de la colonie royale de Hong-Kong*, Rec. p. 267, concl. C. VIGOUROUX ; R.F.D.A., p. 1179, concl. ; A.J.D.A., p. 848, chron. C. MAUGÛÉ et L. TOUVET ; J.C.P., G., IV, 2643, obs. M.-C. ROUAULT ; R.F.D.A., 1994, p. 21, étude H. LABAYLE ; J.C.P., G., II, 1994, 22253, note P. ESPUGLAS ; J.D.I., 1994, p. 89, note J. CHAPPEZ ; Gaz. Pal., nos 37-39, 6-8 février 1994, p. 7, note D. CHABANOL ; D., 1994, p. 108, note F. JULIEN-LAFERRIÈRE ; R.D.P., 1994, p. 525, note F. FINES. Voir aussi CE 14 décembre 1994, *Confédération helvétique*, Rec. p. 549 ; A.J.D.A., 1995, p. 56, concl. C. VIGOUROUX ; J.C.P., G., II, 1995, 22389, note NGUYEN VAN TUONG ; J.D.I., 1995, p. 369, note F. JULIEN-LAFERRIÈRE ; D., Somm., 1995, p. 179, obs. F. JULIEN-LAFERRIÈRE ; R.D.P., 1995, p. 781, note J. CHAPPEZ.

¹⁸⁸⁵ Cf. *supra*, « Introduction », spé. p. 26 à 41.

ce que le juge constitutionnel vérifie que la loi n'a pas à son encontre. Le deuxième motif envisageable consiste à penser que l'énoncé trop vague pour être d'applicabilité directe n'est pas réellement intégré à l'ordre juridique, mais se situe en marge. La conséquence logique d'une telle conception est que la norme dépourvue d'applicabilité directe est insusceptible de produire au sein de l'ordre juridique quelque effet juridique que ce soit. Cette conception est manifestement erronée, il a déjà été démontré que les normes non directement applicables sont sources d'effets juridiques. Plus encore, pour les stipulations internationales, ce raisonnement est en totale contradiction avec l'article 55 de la Constitution et le caractère majoritairement moniste du système d'articulation entre droit international et droit interne français consacré par cet article¹⁸⁸⁶. Enfin, le troisième motif est fondé sur l'impossibilité de l'individu d'invoquer une telle norme car il n'en est pas le destinataire direct. Or, une importante majorité de ces stipulations et dispositions insuffisamment précises n'ont de sens que parce qu'elles tendent, indirectement mais nécessairement, à conférer des droits aux particuliers.

Le commissaire du Gouvernement poursuit en constatant qu'en théorie, les traités relèvent tous du droit national, ils ne produisent simplement pas les mêmes effets : certains ont pour objet d'ouvrir des droits aux particuliers, d'autres non ; certains sont suffisamment complets pour être applicables directement à des situations individuelles et d'autres non. Pour autant, aucun ne devrait être exclu *a priori* du débat juridictionnel. Le même constat s'applique aux normes d'origine interne. Il est communément admis que les normes non directement applicables ne peuvent être utilement invoquées à l'appui d'un recours dirigé contre un acte individuel, car elles ne peuvent servir directement de fondements à la revendication d'un avantage individuel. Le but de ces normes n'est pas ainsi conçu. La question de l'invocabilité de ces énoncés à l'encontre d'un acte réglementaire ne s'inscrit pas dans la même logique. Un recours engagé contre un acte réglementaire contribue à la régulation du système juridique en permettant la non-contradiction entre les normes

¹⁸⁸⁶ Selon l'article 55, « les traités et accords internationaux régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve de leur application par l'autre partie ». Cet article concerne l'ensemble des traités ou accords régulièrement introduits dans l'ordre interne, sans distinction reposant sur le caractère directement applicable de l'engagement international.

de ce système. Quand le constituant pose un tel objectif, quand un État décide de conclure un tel traité, il se soumet à l'obligation de mettre sa législation et sa réglementation en accord avec ces objectifs. Le destinataire final des droits garantis par la Constitution ou par le traité est le particulier ; dès lors, il ne paraît pas logique de l'empêcher, par voie d'action ou d'exception, de contester la compatibilité d'une norme interne avec l'obligation constitutionnelle ou internationale.

Le commissaire du Gouvernement Ronny ABRAHAM envisage également une solution intermédiaire consistant à admettre l'invocabilité de telles formulations exclusivement à l'encontre de certains actes juridiques : une disposition réglementaire ou, par voie d'exception, une disposition législative ayant été spécialement édictée en vue de satisfaire aux obligations internationales résultant du traité ou de l'accord concerné. Le commissaire du Gouvernement établit un parallèle entre la position de la Cour de justice de l'Union européenne (face à un accord international liant l'Union) et celle du juge interne. Forte de cette comparaison, la solution proposée s'inspire de celle retenue par la Cour du Luxembourg relative à l'invocabilité des accords internationaux liant l'Union. Dans un premier temps, l'invocabilité des stipulations imprécises et conditionnelles est dissociée de l'effet direct pour certains contentieux¹⁸⁸⁷. Dans un second temps, cette invocabilité est limitée au cas où l'acte attaqué est pris spécialement pour l'exécution des obligations résultant de l'accord aux stipulations imprécises¹⁸⁸⁸.

Cette solution intermédiaire se révèle rapidement peu satisfaisante, tant sur le plan théorique que sur le plan pratique. En effet, si le juge français accepte de contrôler la compatibilité des règles internes avec tous les engagements internationaux – même ceux dépourvus d'effet direct – comme l'exigerait

¹⁸⁸⁷ Après avoir décidé que le G.A.T.T. ne produisait pas d'effet direct du fait du caractère imprécis de la plupart de ses stipulations, la C.J.C.E. admet que cet accord soit valablement invoqué au soutien d'un recours tendant à l'annulation d'un règlement, ou au soutien d'une exception d'illégalité dirigée contre un tel règlement : CJCE 12 décembre 1972, *International Fruit Company NV et autres c. Produktschap voor Groenten en Fruit*, aff. jointes 21 à 24/72, Rec. p. 1219 ; C.D.E., 1973, p. 4, comm. J. RIDEAU ; R.M.C., 1974, p. 345, comm. R. KOVAR ; R.T.D.E., 1975, p. 431, comm. V. CONSTANTINESCO et D. SIMON.

¹⁸⁸⁸ CJCE 5 octobre 1994, *République fédérale d'Allemagne c. Conseil de l'Union européenne*, C-280/93, Rec., I, p. 4973.

l'interprétation littérale de l'article 55 de la Constitution, il ne peut pas limiter son examen à celles des règles qui auraient été spécialement édictées pour satisfaire aux obligations conventionnelles. Il en va de même pour les actes administratifs ayant spécifiquement pour but de mettre en œuvre certaines dispositions constitutionnelles ou législatives. Outre le fait que cette position n'est pas logiquement tenable, le juge aurait dans ce cas bien du mal à distinguer les actes spécialement édictés pour satisfaire aux obligations constitutionnelles ou conventionnelles des autres actes.

b. La proposition du Rapporteur public Gaëlle DUMORTIER

Concluant sur l'affaire *G.I.S.T.I. et F.A.P.I.L.*¹⁸⁸⁹, le Rapporteur public Gaëlle DUMORTIER se fonde sur les conséquences critiquables de la solution retenue par la jurisprudence *G.I.S.T.I.* du 23 avril 1997¹⁸⁹⁰ pour démontrer la nécessité d'un revirement¹⁸⁹¹. La règle posée en 1997 prévoit que, de l'absence d'effet direct d'une stipulation internationale est déduite l'impossibilité de l'invoquer utilement dans le cadre du contentieux de l'excès de pouvoir. Selon Gaëlle DUMORTIER, seules deux explications sont à même de justifier ce raisonnement : soit une convention internationale ne peut pas produire d'autre effet normatif dans l'ordre interne que l'effet direct, soit aucun autre effet n'est saisissable par le juge de l'excès de pouvoir.

En premier lieu, comme il a déjà été précédemment démontré, une convention internationale est toujours source d'obligations (à l'intensité variable) pour les autorités publiques, indépendamment de sa capacité à produire un effet direct¹⁸⁹². Par une jurisprudence ancienne et constante¹⁸⁹³, la Cour internationale de

¹⁸⁸⁹ CE Ass. 11 avril 2012, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (G.I.S.T.I.) et Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement (F.A.P.I.L.)*, n° 322326, précité.

¹⁸⁹⁰ ABRAHAM R., concl. sur CE Sect. 23 avril 1997, *Groupement d'information et de soutien des travailleurs immigrés (G.I.S.T.I.)*, R.F.D.A., p. 585.

¹⁸⁹¹ DUMORTIER G., concl. sur CE Ass. 11 avril 2012, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (G.I.S.T.I.) et Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement (F.A.P.I.L.)*, R.F.D.A., p. 547.

¹⁸⁹² Cf. *supra*, « La mise en œuvre des normes d'origine externe », p. 261.

justice reconnaît l'existence d'« un principe allant de soi, d'après lequel un État qui a valablement contracté des obligations internationales est tenu d'apporter à sa législation les modifications nécessaires pour assurer l'exécution des engagements pris ». De surcroît, la règle *Pacta sunt servanda* est expressément mentionnée au titre des règles du droit public international auxquelles la République française se conforme par l'alinéa 14 du Préambule de la Constitution de 1946. Précisant que le respect de la règle édictée par l'article 55 de la Constitution¹⁸⁹⁴ « s'impose, même dans le silence de la loi », le Conseil constitutionnel considère qu'il « appartient aux divers organes de l'État de veiller à l'application [des] conventions internationales dans leurs compétences respectives »¹⁸⁹⁵. Quant au Conseil d'État, l'abstention de prendre un règlement d'application d'une loi inconstitutionnelle est jugée conforme « aux exigences inhérentes à la hiérarchie des normes dans l'ordre juridique interne, telles qu'elles découlent de l'article 55 de la Constitution »¹⁸⁹⁶ et constitue, de surcroît, une obligation pour l'autorité compétente¹⁸⁹⁷. C'est ainsi que la responsabilité de l'État 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 », sans que la distinction entre les stipulations produisant un effet direct et les autres ne semble s'appliquer¹⁸⁹⁸.

¹⁸⁹³ Il est possible de se référer à la sentence arbitrale du 14 septembre 1872 dans l'affaire de l'Alabama, entre les États-Unis et la Grande Bretagne, à la suite du traité de Washington du 8 mai 1871 ; ou encore à CPJI, avis consultatif, 21 février 1925, *Échange des populations turques et grecques (Convention VI de Lausanne, 30 janvier 1923, article 2)*, Recueil des avis consultatifs de la CPJI, Série B, n° 10, p. 20 : la Cour permanente internationale de justice reconnaît l'existence d'« un principe allant de soi, d'après lequel un État qui a valablement contracté des obligations internationales est tenu d'apporter à sa législation les modifications nécessaires pour assurer l'exécution des engagements pris ».

¹⁸⁹⁴ « Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie ».

¹⁸⁹⁵ CC n° 86-216 DC, 3 septembre 1986, *Loi relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*, Rec. p. 135, considérant 6, p. 137.

¹⁸⁹⁶ CE 24 février 1999, *Association de patients de la médecine d'orientation anthroposophique et autres*, Rec. p. 29 ; D.A., août-septembre 1999, comm. n° 227, p. 24, note J.-C. B. ; A.J.D.A., p. 823, note R. RICCI.

¹⁸⁹⁷ Voir également, CE Sect. 31 octobre 2008, *Section française de l'Observatoire international des prisons*, Rec. p. 374, concl. M. GUYOMAR ; R.F.D.A., 2009, p. 73, concl. ; A.J.D.A., p. 2389, chron. E. GEFFRAY et S.-J. LIÉBER ; Gaz. Pal, n° 348, 13 décembre 2008, p. 33, note M. GUYOMAR ; D., 2009, n° 2, p. 134, note M. HERZOG-EVANS ; D.A., janvier 2009, comm. n° 10, p. 31, note F. MELLERAY.

¹⁸⁹⁸ CE Ass. 8 février 2007, *Gardedieu*, Rec. p. 78, concl. L. DEREPAS ; R.F.D.A., p. 361, concl., p. 525, note D. POUYAUD, p. 789, note M. CANEDO-PARIS ; R.G.D.I.P., p. 488, concl. (extraits) ; D.A., Études, p. 9, M. GAUTIER et F. MELLERAY ; R.T.D.H., p. 909, note F. LEMAIRE ; D., n° 18, Ét. et comm., p. 1214, note G. CLAMOUR ; J.C.P., A., 2083, note C. BROUELLE ; L.P.A., n° 157, 7 août 2007, p. 11, note M. CANEDO-PARIS. Cette position est partagée par la Cour de justice de l'Union européenne, CJCE 10 septembre 1996, *Commission c. Allemagne*, C-61/94, Rec., I, p. 3989.

Le Rapporteur public Gaëlle DUMORTIER poursuit en expliquant que, « *si l'article 55 permet d'admettre le principe de l'obligation, il ne permet pas de mesurer l'étendue de cette obligation. Il définit des conditions qui, lorsqu'elles sont remplies – mais uniquement en ce cas – introduisent les traités ou accords dans l'ordre interne et permettent qu'ils y aient une autorité. Il prévoit qu'alors, cette autorité est supérieure à celle des lois. Il n'a en revanche pas de portée en lui-même sur la nature et l'intensité des effets qu'ils produisent en droit interne dont il ne dit rien et ne prétend rien dire. (...) C'est donc en réalité de la portée normative du traité sur l'ordre interne que dépend l'étendue des effets qu'il y produit* »¹⁸⁹⁹. Plus encore, certaines stipulations dépourvues d'effet direct expriment leur force obligatoire en obligeant les pouvoirs publics à adapter la législation interne en vigueur (par l'abrogation des actes contraires à l'engagement international ou par l'adoption de mesures) ou, au moins, à ne pas prendre de mesure contraire à cet engagement. Une convention internationale peut donc produire d'autres effets normatifs dans l'ordre interne que l'effet direct.

En second lieu, il ne reste plus qu'une justification possible au raisonnement selon lequel l'absence d'applicabilité directe d'une stipulation internationale exclut son invocabilité dans le cadre du contentieux de l'excès de pouvoir : aucun autre effet juridique ne serait saisissable par le juge. La stipulation dépourvue d'effet direct ne serait susceptible d'aucune application juridictionnelle interne dans la mesure où seul le juge international peut en connaître. Comme le souligne le Rapporteur public Gaëlle DUMORTIER, la question connaît plusieurs éléments de réponse, dont émerge l'idée selon laquelle, dans certains contextes contentieux, des effets juridiques autres que l'effet direct suffisent à ce qu'une stipulation internationale soit utilement invocable. Telle est par exemple l'hypothèse de l'invocabilité d'interprétation.

Fortes de cette justification, les conclusions sur l'affaire *G.I.S.T.I. et F.A.P.I.L.* précisent que « *cette condition n'apparaît pas non plus nécessaire lorsque, dans un contentieux objectif de légalité comme le vôtre, il suffit à la convention internationale de pouvoir être un référentiel du contrôle de légalité, le juge n'étant saisi que d'un conflit de*

¹⁸⁹⁹ DUMORTIER G., concl. sur CE Ass. 11 avril 2012, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (G.I.S.T.I.) et Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement (F.A.P.I.L.)*, R.F.D.A., p. 547 à 559, p. 554-555.

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. Le lien subjectif du justiciable avec ses prétentions n'y a pour vous jamais eu sa place au-delà de la justification d'un intérêt lui donnant qualité pour agir, plus distante que dans le contentieux communautaire de l'annulation. L'obstacle se révèle particulièrement incompréhensible dans deux cas : lorsque la loi ou le règlement met en œuvre l'obligation médiate contenue dans le traité ; lorsqu'il la contredit frontalement. La situation n'apparaît alors guère éloignée de celle du décret d'application permettant l'entrée en vigueur d'une loi et dont vous contrôlez la conformité avec le contenu de celle-ci, qui est obligatoire dès sa promulgation connue¹⁹⁰⁰ »¹⁹⁰¹.

2. L'opportunité des propositions

Bien qu'elle ne soit pas dénuée de pertinence (a), la solution de l'admission de l'invocabilité des normes non directement applicables à l'encontre des actes réglementaires est rejetée par la Haute juridiction, tant en 1997 qu'en 2012 (b).

a. La pertinence de la solution

Le commissaire du Gouvernement Ronny ABRAHAM estime qu'une stipulation d'un traité international non directement applicable, du fait de son incapacité à satisfaire le critère subjectif, ne peut être considérée comme dépourvue de tout potentiel d'invocabilité devant le juge interne. Il se fonde sur la recevabilité d'un État étranger à s'en prévaloir devant le juge administratif¹⁹⁰². Cependant, la différence de situation du requérant qui tente de se prévaloir de la stipulation non

¹⁹⁰⁰ CE 23 juillet 1993, *Société Fougerolle*, Rec. p. 220 ; et Conseil d'État, Rapport public, *Publication et entrée en vigueur des lois et de certains actes administratifs*, Paris, La Documentation française, 2001, disponible et téléchargeable sur le site internet de La Documentation française : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/014000761/>.

¹⁹⁰¹ DUMORTIER G., concl. sur CE Ass. 11 avril 2012, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (G.I.S.T.I.) et Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement (F.A.P.I.L.)*, R.F.D.A., p. 547 à 559, p. 555.

¹⁹⁰² Conclusions, précitées, p. 592. Cf. CE 18 avril 1986, *Société des mines de potasse d'Alsace c Province de la Hollande septentrionale et autres*, précité ; CE Ass. 15 octobre 1993, *Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord*, précité ; CE 14 décembre 1994, *Confédération helvétique*, précité.

directement applicable – se bornant à concerner les relations étatiques – ne peut être ignorée. En effet, comme le constate Denis ALLAND¹⁹⁰³, il est possible de considérer que, contrairement à l'administré, l'État est le destinataire direct de la stipulation et serait donc directement titulaire de droits en vertu du traité. La stipulation produit un effet direct sur l'État, justifiant son invocabilité par celui-ci. Il y a donc bien, dans le raisonnement de la Haute juridiction, liaison de l'effet direct et de l'invocabilité. De surcroît, la manifeste application du critère du destinataire direct rend pour le moins hasardeuse toute conclusion tirée de cette jurisprudence quant à la dissociation de l'effet direct et de l'invocabilité dans les hypothèses où le requérant est un particulier.

De plus, selon Louis DUBOUIS¹⁹⁰⁴, il n'existe pas nécessairement de contradiction entre les arrêts qui appliquent les traités ne produisant pas d'effet direct en la personne des justiciables et ceux qui conditionnent l'invocabilité des stipulations à leur capacité à produire des effets directs. En effet, il estime que la règle est l'applicabilité de tout traité respectant les conditions de forme, mais que l'invocabilité d'une stipulation à l'encontre d'un acte administratif par l'individu nécessite la démonstration concrète de la limite de la liberté de l'administration à son égard, c'est-à-dire de la méconnaissance d'un droit internationalement protégé. Cette démonstration, constitutive d'une question de fond, ne peut aboutir avec succès que « *si le traité a conféré au justiciable un droit que l'autorité publique est tenue de respecter et dont il appartient au juge de définir les limites* »¹⁹⁰⁵.

En outre, l'étude des solutions jurisprudentielles conduit à s'interroger sur la compatibilité entre la vue sélective du juge français de l'applicabilité directe et l'applicabilité au sens large déduite de la lettre de l'article 55 de la Constitution. La solution à cette interrogation passe notamment par l'admission de l'invocabilité des

¹⁹⁰³ ALLAND D., *L'applicabilité directe du droit international considérée du point de vue de l'office du juge : des habits neufs pour une vieille dame ?*, R.G.D.I.P., 1998, p. 203 à 244, p. 241.

¹⁹⁰⁴ DUBOUIS L., *Le juge administratif et les règles du droit international*, A.F.D.I., 1971, p. 9 à 60, spé. p. 21.

¹⁹⁰⁵ DUBOUIS L., *op. cit.*, p. 21.

stipulations dépourvues d'effet direct à l'encontre des actes réglementaires¹⁹⁰⁶. À l'instar des directives européennes, les stipulations conventionnelles dépourvues d'effet direct obligent l'État à atteindre les objectifs qu'elles fixent, notamment en mettant en œuvre des dispositions législatives et réglementaires appropriées. Comme les directives européennes, ces stipulations laissent à l'État le choix de la forme et des moyens, en l'investissant d'une certaine marge de manœuvre pour arrêter le contenu des normes nationales d'application. Elles visent de plus à créer des droits au profit des particuliers. Il devrait être ainsi possible de contester les mesures nationales d'application par rapport aux objectifs fixés. Cette logique de la légalité ne semble pas s'étendre aux recours dirigés contre un acte individuel, même si un droit que le particulier tirerait directement de la stipulation internationale est invoqué : « *la violation de la directive ne peut être alléguée à l'encontre d'actes individuels en tant que tels, leur nature exclut qu'ils puissent juridiquement s'intégrer à la réglementation sur laquelle pèse l'obligation d'adaptation* »¹⁹⁰⁷. Ce constat laisse entrevoir la possible manifestation de l'opinion selon laquelle seules les dispositions générales traduisent la politique de l'État au regard de ses engagements internationaux. Pour autant, il est probablement plus raisonnable de penser que les fondements de la solution décrite sont à chercher dans le souci du respect de la légalité au sens large, voire dans celui d'éviter une éventuelle condamnation de la France par la Cour de Luxembourg. Il est évidemment possible de relever que ce risque n'est pas encouru dans le cadre de la violation des autres types de normes non directement applicables. De plus, le raisonnement n'est pas exempt de contradictions internes, déjà relevées au sujet de la jurisprudence *Cohn-Bendit*¹⁹⁰⁸. Il est en effet difficile de constater l'absence d'effet direct des directives par nature, leur déniaient ainsi toute faculté de

¹⁹⁰⁶ ABRAHAM R., *Droit international, droit communautaire et droit français*, Paris, Hachette Supérieur, Collection P.E.S., 1989, p. 79 : « *dénier en effet à un engagement international le caractère auto-exécutoire, c'est dire qu'il ne crée pas directement de droits au profit des particuliers, et que ceux-ci ne peuvent donc pas s'en prévaloir pour revendiquer un avantage individuel, ou contester une décision qui les concerne individuellement. Mais pour autant, cela ne signifie pas que les pouvoirs publics, dans l'exercice de leur pouvoir d'édicter des normes à caractère réglementaire, soient dispensés de l'obligation de ne pas méconnaître les stipulations de l'acte international qui lie la France* ».

¹⁹⁰⁷ DAL FARRA T., *L'invocabilité des directives communautaires devant le juge national de la légalité : étude comparée des conceptions de la Cour de justice des Communautés européennes et du Conseil d'État*, R.T.D.E., 1992, p. 631 à 667, p. 653.

¹⁹⁰⁸ CE Ass. 22 décembre 1978, *Ministre de l'Intérieur c. Cohn-Bendit*, précité.

créer des droits au profit des particuliers, et d'admettre un recours contre les actes nationaux d'application qui leur donnent effet en se fondant sur elles. C'est bien la liaison entre le droit et l'inopérance de la norme qui doit éventuellement être revue. Les problèmes posés par cette liaison sont d'autant plus importants que la proposition d'admission de l'invocabilité des normes non directement applicables ne s'intègre que dans un contexte de contestation de la légalité, et son acceptation en matière de responsabilité de l'État semble encore plus difficile.

Il reste cependant à relever que les actes individuels isolés et purs sont certainement rares ; il y a presque toujours un acte réglementaire sur lequel ils se fondent, ce qui permettrait une invocabilité bien plus importante en pratique. Plus encore, les individus fondés à se plaindre du caractère incomplet ou incorrect des actes réglementaires d'application d'une norme non directement applicable, par la voie du recours en annulation ou, le cas échéant, de l'action en responsabilité, n'hésiteraient sans doute pas à insérer cette plainte dans une exception d'illégalité soulevée à l'encontre d'un acte individuel. Telle a été la portée de la jurisprudence *Cohn-Bendit*¹⁹⁰⁹, peu à peu vidée de son intérêt pratique et récemment abandonnée par l'intervention de la jurisprudence *Mme Perreux*¹⁹¹⁰. Cette proposition avait l'avantage, à l'époque où elle a été formulée par Ronny ABRAHAM, d'aligner le régime des directives européennes sur celui du droit international classique. Force est de constater, *a priori*, que cette unité ne peut désormais plus être obtenue de la sorte. En revanche, – dans la mesure où le critère de l'applicabilité directe des directives a changé – il ne faut pas occulter le régime contentieux des directives européennes aux dispositions imprécises et conditionnelles, qui ne se différencient des normes non directement applicables d'une autre origine que par l'obligation de transposition. Une lecture attentive du considérant de principe de l'arrêt *Mme Perreux*¹⁹¹¹ révèle que l'invocabilité des normes non directement applicables du fait de la qualité de leurs énoncé, quelle que soit leur origine, à l'encontre des actes réglementaires, par voie d'action et par voie d'exception, unifierait leur régime juridique bien davantage que

¹⁹⁰⁹ CE Ass. 22 décembre 1978, *Ministre de l'Intérieur c. Cohn-Bendit*, précité.

¹⁹¹⁰ CE Ass. 30 octobre 2009, *Mme Perreux*, précité.

¹⁹¹¹ CE Ass. 30 octobre 2009, *Mme Perreux*, précité.

sous l'empire de l'ancienne conception de l'applicabilité des directives européennes¹⁹¹².

b. Le rejet de ces propositions par le Conseil d'État

De nombreuses raisons peuvent expliquer les refus répétés de la Haute juridiction d'étendre les hypothèses d'invocabilité des normes non directement applicables et notamment des stipulations conventionnelles dépourvues d'effet direct. Face à deux propositions différentes et espacées d'une quinzaine d'années, il est nécessaire d'examiner séparément les refus du Conseil d'État de suivre les conclusions du commissaire du Gouvernement Ronny ABRAHAM (α) et celles du Rapporteur public Gaëlle DUMORTIER (β).

α – Le rejet de la proposition formulée par Ronny ABRAHAM

Commentant le refus du Conseil d'État de suivre les propositions du commissaire du Gouvernement Ronny ABRAHAM sur l'affaire *G.I.S.T.I.*, Didier CHAUAUX et Thierry-Xavier GIRARDOT relèvent un certain nombre de « fortes considérations d'opportunité »¹⁹¹³ à même d'expliquer le sens de la décision. La première d'entre elles est désormais obsolète, en ce qu'elle attribue la position de la Section du contentieux à un souci de simplicité, eu égard aux importantes contestations dont faisait l'objet la jurisprudence *Cohn-Bendit*¹⁹¹⁴. La seconde retient davantage l'attention : « la proposition du commissaire du gouvernement aurait augmenté considérablement la masse des normes de droit international invocables devant le juge interne à l'encontre non seulement des actes réglementaires mais aussi des lois »¹⁹¹⁵ (plus de 6 000 accords et traités internationaux, selon le ministère des Affaires étrangères et

¹⁹¹² Cf. *supra*, Seconde partie, Titre premier, Chapitre premier, Section I, Paragraphe II « L'invocabilité d'exclusion et l'invocabilité d'empêchement », p. 370.

¹⁹¹³ CHAUAUX D. et GIRARDOT T.-X., note sous CE Sect. 23 avril 1997, *Groupement d'information et de soutien des travailleurs immigrés*, A.J.D.A., 1997, chron., p. 435 à 443, spé. p. 440-441.

¹⁹¹⁴ CE Ass. 22 décembre 1978, *Ministre de l'Intérieur c. Cohn-Bendit*, précité. L'essentiel de la critique réside surtout dans la reconnaissance de moyens de contournement de cette jurisprudence par le mécanisme de l'exception de l'illégalité, ayant pour effet de rendre le dispositif relativement artificiel : CHAUAUX D. et GIRARDOT T.-X., *op. cit.*, p. 440.

¹⁹¹⁵ CHAUAUX D. et GIRARDOT T.-X., *op. cit.*, p. 441.

européennes¹⁹¹⁶). Parmi les stipulations ayant pour destinataires finaux les individus, mais nécessitant des mesures internes de mise en œuvre figurent de nombreuses normes très proches des dispositions du Préambule de la Constitution de 1946. Accepter la proposition du commissaire du Gouvernement Ronny ABRAHAM aurait eu pour effet de permettre de contourner l'absence de contrôle de constitutionnalité des lois *a posteriori* par le juge ordinaire. De surcroît, cette possibilité aurait « *accru le paradoxe de la situation actuelle dans laquelle la Constitution, dont l'adoption et la révision sont assorties des plus fortes garanties sur le plan des principes démocratiques, a un effet juridique moindre que des traités négociés par les exécutifs et ratifiés en vertu d'une loi sur laquelle le Parlement a peu de prise* »¹⁹¹⁷.

β – Le rejet de la proposition formulée par Gaëlle DUMORTIER

Les observations produites par la Direction des affaires juridiques du ministère des Affaires étrangères et européennes dans le cadre de l'affaire *G.I.S.T.I. et F.A.P.I.L.*¹⁹¹⁸ s'opposent à la proposition¹⁹¹⁹ consistant à admettre l'invocabilité de l'ensemble des stipulations du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels de 1966 invoqué en l'espèce.

¹⁹¹⁶ Comme l'indiquent les observations produites par la Direction des affaires juridiques du ministère des Affaires étrangères et européennes, dans l'affaire *G.I.S.T.I. et F.A.P.I.L.*, n° 332326, p. 12. Ce document est téléchargeable sur internet, par le biais du blog *Combats pour les droits de l'homme* (C.P.D.H.) de Serge SLAMA, billet du 14 mai 2012 intitulé *Le milieu du gué de l'invocabilité des normes internationales devant le juge administratif* (CE Ass., 11 avril 2012, *G.I.S.T.I. et F.A.P.I.L.*) : <http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr/2012/05/14/le-milieu-du-gue-de-linvocabilite-des-normes-internationales-devant-le-juge-administratif-ce-ass-11-avril-2012-gisti-et-fapil/>.

¹⁹¹⁷ CHAVALUX D. et GIRARDOT T.-X., *op. cit.*, p. 441. Cet argument est dépourvu de toute portée depuis l'entrée en vigueur, le 1^{er} mars 2010, de la question prioritaire de constitutionnalité prévue à l'article 61-1 de la Constitution.

¹⁹¹⁸ CE Ass. 11 avril 2012, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (G.I.S.T.I.) et Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement (F.A.P.I.L.)*, n° 322326, à paraître au Recueil Lebon ; R.F.D.A., p. 547, concl. G. DUMORTIER, p. 560, note M. GAUTIER ; A.J.D.A., p. 936, chron. A. BRETONNEAU et X. DOMINO.

¹⁹¹⁹ Formulée par l'*Amicus curiæ spontané* élaboré par le Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux (C.R.E.D.O.F.) de l'Université de Paris Ouest Nanterre La Défense. Projet de recherche sur la justiciabilité des droits sociaux, *Amicus curiæ spontané*, remis à la Section du contentieux du Conseil d'État (article R. 625-3 du Code de justice administrative), dans le cadre de la requête n° 322326 du *G.I.S.T.I.* et de la *F.A.P.I.L.* contre les ministères de l'Immigration et du Logement, mars 2010, téléchargeable sur le site internet du C.R.E.D.O.F. : <http://droits-sociaux.u-paris10.fr/index.php?id=164>.

En premier lieu, rappelant les conclusions formulées par Ronny ABRAHAM sur l'affaire G.I.S.T.I. et retenant que ce dernier proposait d'aligner la jurisprudence relative à l'invocabilité des stipulations internationales sur celle appliquée alors aux directives européennes, le ministère des Affaires étrangères cherche à démontrer qu'« *il n'y a pas lieu d'assimiler les accords internationaux aux directives communautaires* »¹⁹²⁰ pour un ensemble de raisons. Le premier argument est relatif au double fondement juridique constitutionnel (article 88-1 de la Constitution) et européen (article 288 du T.F.U.E. et article 4 paragraphe 3 du T.U.E.) de l'obligation de transposition des directives européennes : « *à la différence du droit dérivé de l'Union européenne, aucune disposition constitutionnelle ou du bloc de constitutionnalité n'impose aux pouvoirs publics une obligation de procéder à la mise en œuvre des accords internationaux dans un délai déterminé* »¹⁹²¹. Il a été précédemment démontré que les stipulations internationales peuvent faire peser sur les autorités publiques diverses obligations, notamment de moyens. L'abstention prolongée¹⁹²² de l'État à déployer ces moyens constitue une violation de la convention¹⁹²³ contraire aux exigences inhérentes à la hiérarchie des normes. Le second argument consiste à affirmer que la jurisprudence relative aux directives européennes est justifiée par leur spécificité et ne peut ainsi valablement être étendue aux stipulations internationales : « *l'exigence de dispositions suffisamment "précises et inconditionnelles" constitue à la fois une sanction de l'inertie de l'État et une garantie du respect du pouvoir d'appréciation de l'État* »¹⁹²⁴. Enfin, le ministère des Affaires étrangères affirme que l'établissement d'une distinction entre les actes réglementaires et les actes individuels « *n'aurait pas de fondement juridique évident*

¹⁹²⁰ Direction des affaires juridiques du ministère des Affaires étrangères et européennes, observations produites dans l'affaire *G.I.S.T.I. et F.A.P.I.L.*, n° 332326, p. 10.

¹⁹²¹ Direction des affaires juridiques du ministère des Affaires étrangères et européennes, observations produites dans l'affaire *G.I.S.T.I. et F.A.P.I.L.*, n° 332326, p. 11.

¹⁹²² Au-delà d'un « délai raisonnable ».

¹⁹²³ Sanctionnée par le Comité européen des droits sociaux si la convention en question est la Charte sociale européenne, voir *supra*, « Les effets des mécanismes internationaux de contrôle sur les normes non directement applicables », p. 290.

¹⁹²⁴ Direction des affaires juridiques du ministère des Affaires étrangères et européennes, observations produites dans l'affaire *G.I.S.T.I. et F.A.P.I.L.*, n° 332326, p. 11.

s'agissant des accords internationaux »¹⁹²⁵, expliquant ensuite qu'en toute état de cause, les requérants pourraient disposer de la voie de droit de l'exception d'illégalité.

En second lieu, le ministère des Affaires étrangères et européenne concentre sa démonstration sur les conséquences d'un abandon de la jurisprudence *G.I.S.T.I.* du 23 avril 1997¹⁹²⁶. Selon lui, l'admission de l'invocabilité « *systématique* »¹⁹²⁷ des stipulations internationales indépendamment de leur capacité à produire un effet direct ne peut se concilier avec l'examen du respect de la condition de réciprocité, effectué clause par clause¹⁹²⁸. Plus encore, « *il est à craindre que la réserve de réciprocité prévue à l'article 55 de la Constitution ne devienne qu'une simple présomption, alors même qu'il s'agit également d'une règle de droit international* »¹⁹²⁹. Les arguments suivants sont fondés sur la compétence du juge, « *investi d'une fonction de nature législative lorsque les stipulations des conventions ont un caractère général* »¹⁹³⁰, et sur l'étendue du contrôle auquel il pourrait procéder, notamment par rapport aux objectifs généraux d'un accord. Le juge empièterait sur « *l'espace initialement laissé aux autorités compétentes chargées de juger de la nécessité de procéder à une éventuelle adaptation du droit existant* »¹⁹³¹. La Direction des affaires juridiques du ministère des Affaires étrangères et européennes ajoute que la France a considéré que les deux Pactes onusiens n'apportaient aucune modification à son droit positif lors de leur ratification en

¹⁹²⁵ Direction des affaires juridiques du ministère des Affaires étrangères et européennes, observations produites dans l'affaire *G.I.S.T.I. et F.A.P.I.L.*, n° 332326, p. 11.

¹⁹²⁶ CE Sect. 23 avril 1997, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (G.I.S.T.I.)*, précité.

¹⁹²⁷ Direction des affaires juridiques du ministère des Affaires étrangères et européennes, observations produites dans l'affaire *G.I.S.T.I. et F.A.P.I.L.*, n° 332326, p. 12.

¹⁹²⁸ CE Ass. 9 juillet 2010, *Mme Chériet-Benseghir*, Rec. p. 251, concl. G. DUMORTIER ; A.J.D.A., p. 1396, p. 1635, chron. S.-J. LIÉBER et D. BOTTEGHI ; D., p. 2868, obs. O. BOSKOVIC, S. CORNELOUP, F. JAULT-SESEKE, N. JOUBERT et K. PARROT ; R.F.D.A., p. 1133, concl., p. 1146, note J.-F. LACHAUME ; N.C.C.C., p. 206, note A. ROBLOT-TROIZIER ; D.A., n° 10, octobre 2010, p. 131, note M. GAUTIER.

¹⁹²⁹ Direction des affaires juridiques du ministère des Affaires étrangères et européennes, observations produites dans l'affaire *G.I.S.T.I. et F.A.P.I.L.*, n° 332326, p. 12.

¹⁹³⁰ *Ibid.*

¹⁹³¹ *Ibid.*

1980¹⁹³². Le Rapporteur public Gaëlle DUMORTIER répond à ces réflexions que « *l'inexécution par les États de leurs obligations internationales, sans aller jusqu'à être juridiquement admise en droit international, peut (...) faire partie des options diplomatiques (...). C'est en France l'article 55 de la Constitution qui la conserve en permettant à l'État, même lorsqu'il a ratifié ou approuvé un traité ou accord – et qu'il peut suspendre –, soit de ne pas le publier, donc de ne lui laisser produire d'effets que dans la sphère internationale, soit après publication de faire valoir le défaut d'application par l'autre partie, ce qui conduit le juge, s'il constate que tel est le cas, à le regarder comme inapplicable dans l'ordre interne. La réserve de réciprocité garantit la France contre une position asymétrique dans laquelle vous la mettriez en déployant dans l'ordre interne l'efficacité de votre contrôle alors que les autres États-parties n'en feraient pas de même. Ces outils efficaces laissent la main à l'exécutif et servent mieux la séparation des pouvoirs que la retenue par laquelle le juge croirait devoir protéger l'exécutif malgré lui-même en le dispensant d'avance de tout contrôle* »¹⁹³³.

En définitive, il semble que ces arguments de pure opportunité aient été décisifs. Malgré son anticipation par le Rapporteur public Gaëlle DUMORTIER, l'argument relatif au risque d'augmenter considérablement le nombre des normes invocables a probablement emporté la conviction de la Haute assemblée¹⁹³⁴. « *Il est improbable que les autorités publiques prennent habituellement des actes inconstitutionnels, les sections administratives vérifient la compatibilité des projets avec toutes les conventions internationales, qu'elles soient ou non d'effet direct. D'ailleurs l'inconstitutionnalité n'est pas un moyen d'ordre public et les requérants invoquent toujours les mêmes, sans que votre décision GISTI les aient bridés dans leurs choix et sans pour autant non plus qu'ils*

¹⁹³² Les observations (p. 12, note 24) citent la déclaration du secrétaire d'État auprès du ministère des Affaires étrangères Pierre BERNARD-REYMOND : « *le Pacte (...) ne doit pas apporter de modification à notre droit puisque celui-ci est déjà conforme. Le Gouvernement croit qu'il est utile en adhérant à cet instrument que notre pays apporte son concours à l'immense et difficile entreprise internationale au service des droits de l'homme* », Sénat, compte-rendu des séances, 5^e législature, 17 juin 1980.

¹⁹³³ DUMORTIER G., concl. sur CE Ass. 11 avril 2012, Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (G.I.S.T.I.) et Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement (F.A.P.I.L.), R.F.D.A., p. 547 à 559, p. 556.

¹⁹³⁴ Développé dans les observations de la Direction des affaires juridiques du ministère des Affaires étrangères et européennes, p. 12 : « *l'admission de l'invocabilité de tout accord international provoquera un contrôle de constitutionnalité de masse des lois et règlements, par voie d'action et d'exception, au regard de plus de 6000 accords et traités internationaux. Comme l'illustre l'importance des moyens à l'appui de la requête soumise à votre examen, tout justiciable pourra invoquer à l'appui de son recours la violation d'un nombre considérable de conventions internationales, qu'il appartiendra au juge d'examiner au cas par cas* ».

*s'appuient sur celles dont le champ d'application est dépourvu de lien avec l'acte qu'ils contestent. Enfin, la coexistence des actes nationaux avec les traités est, comme celle des traités entre eux, à vocation pacifique : elle privilégie jusqu'aux confins du *contra legem* la combinaison des normes sur leur destruction, à travers une interprétation conforme*¹⁹³⁵ »¹⁹³⁶. Les observations de la Direction des affaires juridiques du ministère des Affaires étrangères et européennes s'achèvent en envisageant les conséquences d'un potentiel revirement de jurisprudence dans l'ordre international. Le Gouvernement serait amené à se montrer beaucoup plus sélectif dans ses décisions d'approbation de certains accords et devrait formuler davantage de réserves et de déclarations afin d'éviter toute concurrence ou contradiction entre le droit international et le droit interne. De surcroît, un abandon de la jurisprudence *G.I.S.T.I.* de 1997 placerait la France « *en position de faiblesse par rapport aux États monistes qui apprécient le caractère directement invocable ou non des accords internationaux notamment en fonction de l'intention des Parties aux accords* »¹⁹³⁷. Enfin, ce revirement risquerait d'accroître les cas de mise en jeu de la responsabilité de l'État du fait des conventions internationales. Par la réitération de son rejet, l'Assemblée du contentieux manifeste probablement sa volonté de ne pas prendre la responsabilité de la création d'un régime contentieux pour les normes non directement applicables d'origine internationale.

B - Les possibilités de développement des sanctions de la carence normative

L'autre solution permettant d'augmenter le nombre d'hypothèses dans lesquelles la violation d'une norme non directement applicable peut être juridictionnellement sanctionnée consiste à développer les recours en carence visant

¹⁹³⁵ CE Sect. 3 juillet 1998, *Bitouzet*, Rec. p. 288, concl. R. ABRAHAM ; R.F.D.A., p. 1243, concl. ; A.J.D.A., p. 570, chron. P. FOMBEUR et F. RAYNAUD ; J.C.P., G., IV, 3187, obs. M.-C. ROUAULT ; C.J.E.G., n° 548, p. 441, concl. ; B.J.D.U., p. 363, concl. et obs. L. TOUVET ; R.F.D.A., 1999, p. 841, étude D. DE BÉCHILLON. Voir également Cass. soc. 29 juin 2011, *Moulin, Association Mouvement des Entreprises de France (M.E.D.E.F.) et Société I.M.V. Technologies*, n° 09-71.107, à paraître au Bulletin civil V.

¹⁹³⁶ DUMORTIER G., concl. sur CE Ass. 11 avril 2012, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (G.I.S.T.I.) et Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement (F.A.P.I.L.)*, R.F.D.A., p. 547 à 559, p. 556-557.

à sanctionner l'inertie des autorités publiques et notamment du législateur. Si de nombreuses pistes de réflexion intéressantes résultent de l'analyse du droit comparé (1), le développement des sanctions de la carence du législateur français semble impossible en dehors de l'hypothèse – purement théorique et fort hasardeuse – de la création d'une voie de droit *ad hoc* (2).

1. L'existence de contrôles de la carence normative en droit comparé

Il existe deux principales méthodes de sanction de la carence normative dans les États européens. Dans la première hypothèse, le juge remédie à l'inexistence d'un recours spécifiquement conçu dans le but de sanctionner l'inertie des autorités normatives par un l'exercice d'un contrôle dans un cadre procédural ordinaire – par exemple, un recours en annulation (a). La seconde hypothèse part du principe de l'existence d'une procédure spécifique de sanction de la carence normative (b).

a. Les contrôles de la carence normative exercés dans le cadre d'une procédure ordinaire

Dans le contexte envisagé, la carence fait référence aux silences des autorités publiques constituant des violations d'un exercice obligatoire de leur compétence normative. Il est nécessaire de distinguer, de manière classique, les sanctions de la carence dépendant de la qualité et de la fonction de leur auteur, omettant d'exercer ou exerçant de manière incorrecte le pouvoir réglementaire ou le pouvoir législatif.

La sanction de la carence réglementaire peut être obtenue par la voie du recours en annulation des décisions administratives et nécessite un contexte de compétence liée. Dans son ouvrage relatif au *Droit administratif des États européens*, Michel FROMONT¹⁹³⁸ distingue plusieurs principaux types de procédures,

¹⁹³⁷ Direction des affaires juridiques du ministère des Affaires étrangères et européennes, observations produites dans l'affaire *G.I.S.T.I. et F.A.P.I.L.*, n° 332326, p. 12.

¹⁹³⁸ FROMONT M., *Droit administratif des États européens*, Paris, P.U.F., Collection Thémis, 2006, spé. p. 163 à 207.

notamment un modèle français¹⁹³⁹ et modèle allemand¹⁹⁴⁰. L'évolution du système contentieux italien suite aux réformes législatives des années 1998-2000 s'avère potentiellement intéressante du point de vue de la carence administrative. Le droit administratif italien distingue le *recorso di legittimità* (recours en annulation d'un acte lésant un intérêt pour violation d'une règle de droit objectif) du contentieux de la *esclusiva giurisdizione* (juridiction exclusive). Cette seconde catégorie procédurale recouvre notamment les litiges survenant en matière de services publics ou d'attribution de contrats fondés soit sur la violation du droit objectif ayant pour caractéristique d'entraîner la lésion d'un intérêt légitime, soit sur la violation d'un droit subjectif. En revanche, l'action en responsabilité du fait de la violation par l'administration du droit objectif – en particulier du fait d'une omission – ne suit pas le même régime. L'action visant à engager la responsabilité de l'administration méconnaissant le droit objectif reste fondée sur la reconnaissance d'un droit subjectif à agir ou d'un facteur de subjectivisation, apprécié sous l'angle de la notion d'intérêt légitime¹⁹⁴¹. Le droit administratif allemand subordonne la recevabilité du recours en annulation (*Anfechtungsklage*) et du recours en émission d'une décision ou en carence (*Verpflichtungsklage*) devant le juge administratif à deux conditions : d'une part, au caractère individuel de la décision et d'autre part, à la qualité de titulaire d'un droit public subjectif lésé du requérant (par exemple, l'un des droits fondamentaux constitutionnellement consacrés, ou un droit garanti par une disposition législative)¹⁹⁴². Par conséquent, la mise en œuvre des normes non directement applicables n'est pas réellement concernée.

Par ailleurs, la question de la sanction du pouvoir législatif pose nécessairement de nombreux problèmes – également bien connus en France – de

¹⁹³⁹ Dont relèvent les recours en annulation belge, grec, italien, néerlandais et suisse.

¹⁹⁴⁰ Pratiqué en Autriche, en Espagne, au Portugal et en Pologne.

¹⁹⁴¹ ZAMPINI F., *La responsabilité de l'État pour violation du droit communautaire : l'exemple de l'Italie*, R.F.D.A., 1997, p. 1039 à 1055, spé. p. 1042 à 1044.

¹⁹⁴² En revanche, il est nécessaire de remarquer à propos des règles du recours en carence que le législateur allemand n'opère pas de distinction entre le caractère lié ou discrétionnaire de la compétence administrative, mais fonde des différences matérielles d'obligation sur le fait que l'affaire est en état d'être jugée (le tribunal peut déclarer que la décision sollicitée doit être prise) ou pas (le tribunal peut déclarer que l'administration a l'obligation de statuer en tenant compte sa position) : Michel FROMONT, *op. cit.*, p. 182.

nature théorique¹⁹⁴³ ou relatifs à l'étendue de la compétence législative¹⁹⁴⁴. L'un des écueils emblématiques réside dans le caractère absolu ou relatif de l'omission, par référence aux célèbres travaux de Frans WESSEL¹⁹⁴⁵. Dans cette optique, de l'ensemble des travaux de la doctrine étrangère peuvent émerger deux principaux courants d'opinions. La thèse « obligationnelle » se fonde sur le constat selon lequel existent certaines dispositions comportant une obligation d'agir pour le Parlement. Par conséquent, son inertie en ces domaines est une violation de la Constitution¹⁹⁴⁶. La doctrine qualifiée de « normativiste »¹⁹⁴⁷ considère que l'appréciation du juge constitutionnel sur la carence législative a en réalité pour objet une « norme légale implicite », dont il est nécessaire de contrôler la conformité à la Constitution. Ces développements théoriques sont complétés par la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme relative aux obligations positives, précisant notamment à l'occasion de l'affaire *Airey* qu'« un obstacle de fait peut enfreindre la Convention à l'égal d'un obstacle juridique »¹⁹⁴⁸. « Par le biais des "obligations positives", on le comprend, c'est l'inertie des pouvoirs publics –quelle que soit l'autorité en cause (législative, gouvernementale, administrative, juridictionnelle)– qui est susceptible d'être sanctionnée et, plus précisément, celle du législateur : le professeur Malinverni souligne justement que "la Convention crée pour les législateurs nationaux l'obligation d'adopter des normes qui favorisent la pleine réalisation des droits qu'elle consacre" »¹⁹⁴⁹.

La doctrine allemande dominante estime que les droits fondamentaux ne sont pas uniquement des droits subjectifs ou défensifs à effet négatif, mais des droits à la source d'obligations positives et pourvus d'un effet objectif. Les garanties

¹⁹⁴³ RIBES D., *Existe-t-il un droit à la norme ? Contrôle de constitutionnalité et omission législative*, R.B.D.C., n° 3/1999, p. 237 à 274, spé. p. 256 à 260 ; GAY L., *Les « droits-créances » constitutionnels*, Bruxelles, Bruylant, Collection de droit public comparé et européen, 2007, spé. p. 169 à 175.

¹⁹⁴⁴ Cf., par exemple, GALLETI F., *Existe-t-il une obligation de bien légiférer ? Propos sur « l'incompétence négative du législateur » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, R.F.D.C., 2004, p. 387 à 417, spé. p. 401 à 405.

¹⁹⁴⁵ WESSEL F., *Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsbeschwerde*, Deutsches Verwaltungsblatt 6, 1952, spé. p. 161 et suivantes.

¹⁹⁴⁶ Comme l'explique Laurence GAY, *op. cit.*, p. 171.

¹⁹⁴⁷ Selon l'expression de Didier RIBES, *op. cit.*, p. 251.

¹⁹⁴⁸ CEDH 9 octobre 1979, *Airey c. Irlande*, n° 6289/73, spé. §25.

¹⁹⁴⁹ SUDRE F., *Les « obligations positives » dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme*, R.T.D.E., 1995, p. 363 à 384, p. 371-372.

objectives des droits fondamentaux désignent ainsi le fait que chaque droit subjectif fonde une garantie institutionnelle objective. Depuis les années 1950, le *Bundesverfassungsgericht* admet de contrôler les silences du législateur à la condition qu'existe un « mandat explicite » de la Loi fondamentale allemande (*ausdrücklicher Auftrag*) – en d'autres termes, quand le texte constitutionnel encadre tant le contenu que la portée de l'obligation pesant sur le législateur¹⁹⁵⁰. Cependant, cette exigence est rarement réalisée en pratique, en ce qu'elle nécessite soit une inaction complète du législateur, soit un exercice de sa compétence manifestement insuffisant. Ce contrôle s'ajoute au développement de la jurisprudence relative aux finalités assignées à l'action de l'État (*Staatszielbestimmungen*)¹⁹⁵¹ telles la clause de l'État social ou la protection de l'environnement. La Cour de Karlsruhe a également construit un raisonnement (repris par la suite dans la loi relative à la Cour constitutionnelle du 21 décembre 1970) lui permettant de déclarer une loi inconstitutionnelle sans en prononcer l'annulation par un jugement déclaratif de simple inconstitutionnalité (*bloß verfassungswidrigkeit*). C'est la décision dite *Unvereinbarkeitserklärung*. Comme le relève Didier RIBES, cette technique est souvent utilisée en cas de violation du principe d'égalité par omission¹⁹⁵², et est notamment reprise par la Cour constitutionnelle espagnole pour certaines omissions législatives. Certains dispositifs de nature injonctive, regroupant les « arrêts appellatifs » en Espagne ou les *Appellentscheidungen* en Allemagne, sont également utilisés pour sanctionner les silences. S'ils semblent plus coercitifs, ils demeurent en réalité de l'ordre de la proposition¹⁹⁵³. Dans un esprit légèrement différent, la Cour constitutionnelle italienne a adressé des directives au législateur visant à mettre fin aux omissions contraires à la Constitution, par des décisions qualifiées de « monitrices » (*sentenze-monito*) par la doctrine. Le *Bundesverfassungsgericht* et la *Corte costituzionale* procèdent en deux temps (*dobbia pronuncia*) : une première décision déclarative ou « injonctive »

¹⁹⁵⁰ BVerfGE 1, p. 97 [100 s.], 19 décembre 1951, *Fürsorge* ; BVerfGE 6, p. 257 [264], 20 février 1957, *Deutsches Rotes Kreuz* ; BVerfGE 56, p. 54 [70], 14 janvier 1981, *Fluglärm*.

¹⁹⁵¹ AUTEXIER C., *Introduction au droit public allemand*, Paris, P.U.F., Collection Droits fondamentaux, 1997, p. 109.

¹⁹⁵² RIBES D., *op. cit.*, p. 262.

¹⁹⁵³ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ J. J., *Typologie des dispositifs des décisions des cours constitutionnelles*, R.B.D.C., 1998, p. 335 à 354, p. 344.

intervient (*Unvereinbarkeitserklärung* ou *Appellentscheidung* en Allemagne, *sentenze-monito* en Italie) et exhorte le législateur à l'action ; à défaut de réaction de sa part dans un délai raisonnable, une décision ultérieure sanctionne le dispositif inconstitutionnel. Le même type de construction a été utilisé par la Cour constitutionnelle espagnole, rendant un « arrêt appellatif » suivi plus tard d'une décision censurant l'inconstitutionnalité¹⁹⁵⁴.

b. La sanction de l'inconstitutionnalité par omission par une procédure spécifique au Portugal

La procédure portugaise de sanction des omissions inconstitutionnelles fait figure d'exception. L'alinéa premier de l'article 283 de la Constitution du 2 avril 1976 (dans sa rédaction issue de la révision de 2004) , pose le principe de la saisine du Tribunal constitutionnel pour omission législative : « à la demande du président de la République, du médiateur ou, en se fondant sur la violation des droits des régions autonomes, des présidents des Assemblées législatives des régions autonomes, le Tribunal constitutionnel apprécie et constate l'inobservation de la Constitution par omission des mesures législatives nécessaires à l'application de normes constitutionnelles ». Or, « il ne peut y avoir inconstitutionnalité par omission, au sens des dispositions de l'article 283 de la Constitution, que si la norme constitutionnelle ne se suffit pas à elle-même et nécessite l'édiction d'autres normes pour être exécutable. Reste à savoir quand une telle *interpositio legislatoris* est nécessaire »¹⁹⁵⁵.

La notion d'omission inconstitutionnelle est précisée au fil de la jurisprudence du Tribunal constitutionnel, qui opère plusieurs distinctions successives. Dans un premier temps, le Tribunal différencie l'omission inconstitutionnelle de l'article 283 de la Constitution et le devoir général de légiférer. Pour ce faire, il soumet le succès du recours à l'invocation de la violation d'une

¹⁹⁵⁴ BON P., *La modulation des effets dans le temps d'une annulation contentieuse : le cas de l'Espagne*, R.F.D.A., 2004, p. 690 à 699, p. 692-693.

¹⁹⁵⁵ BON P., *Les éléments de spécificité*, in *La justice constitutionnelle au Portugal*, Institut d'études juridiques ibériques et iberico-américaines, Université de Pau et des Pays de l'Adour, Paris, Economica, Collection Droit public positif, 1989, p. 103 à 155, p. 153.

obligation concrète de légiférer¹⁹⁵⁶. Dans un second temps, comme l'explique Jorge MIRANDA, le Tribunal procède à « *un examen approfondi de la structure conceptuelle de l'inconstitutionnalité par omission en faisant une double distinction : entre devoir générique de légiférer et mission spécifique et concrète de créer des normes législatives ; et entre dépendance ou non dépendance de certaines ressources économiques ou financières, d'options politiques ou de nécessités publiques. L'inconstitutionnalité par omission se produit quand le législateur doit légiférer sans pouvoir choisir le an et le quando*¹⁹⁵⁷ de son intervention »¹⁹⁵⁸. Cette méthode d'appréciation ne joue certainement pas en faveur de la justiciabilité des normes non directement applicables contenant des droits à prestation. La définition jurisprudentielle de l'omission législative manifeste la position délibérément restrictive du juge constitutionnel, position qui s'est concrétisée à deux reprises¹⁹⁵⁹ : par le refus de constater une omission législative au motif de l'existence de divers projets de loi visant à concrétiser la norme constitutionnelle¹⁹⁶⁰ et par un autre refus, fondé sur l'existence de l'intervention d'une loi ne mettant que partiellement en œuvre la norme invoquée¹⁹⁶¹.

De plus, le second alinéa de l'article 283 précise : « *quand le Tribunal constitutionnel constate l'existence d'une inconstitutionnalité par omission, il en donne connaissance à l'organe législatif compétent* ». Comme l'indique Pierre BON, le Tribunal se contente de vérifier l'existence ou l'absence d'une inconstitutionnalité par omission, sans préciser en aucune façon les actions à entreprendre pour la corriger¹⁹⁶². Il ne dispose pas d'un pouvoir d'injonction, ni d'aucun autre moyen de contraindre le législateur à l'action. La sanction de l'omission inconstitutionnelle ne revêt donc qu'une portée purement déclarative. Il reste à relever qu'à cette réserve s'ajoute le

¹⁹⁵⁶ Comme l'explique Laurence GAY, *op. cit.*, p. 179.

¹⁹⁵⁷ Ces expressions latines traduisent l'idée selon laquelle le législateur ne dispose pas de la liberté de choisir de légiférer ou pas (*an*), ni du choix du moment de son intervention (*quando*).

¹⁹⁵⁸ MIRANDA J., *Chronique de jurisprudence constitutionnelle, Portugal*, A.I.J.C., V-1989, p. 613 à 635, spé. p. 627-628. Cité par Laurence GAY, *op. cit.*, p. 180. Cf. la décision du Tribunal n° 276/1989, Plen., du 28 février 1989.

¹⁹⁵⁹ Analysées par Laurence GAY, *op. cit.*, p. 180-181, s'appuyant sur deux chroniques de Jorge MIRANDA : *Chronique de jurisprudence constitutionnelle, Portugal*, A.I.J.C., VI-1990, p. 839 à 849, p. 849 ; et A.I.J.C., IX-1995, p. 937 à 953, p. 946.

¹⁹⁶⁰ Arrêt n° 36/1990, Plen., 14 février 1990.

¹⁹⁶¹ Arrêt n° 638/1995, Plen., 15 novembre 1995.

très faible nombre d'*acordãos* rendus par le Tribunal constitutionnel dans le cadre de la procédure de l'article 283 depuis l'intervention de l'importante révision constitutionnelle du 30 septembre 1982¹⁹⁶³. La circonstance de la limitation de la faculté de saisine à des requérants institutionnels et l'exigence de la lésion d'un droit des régions autonomes ne sont probablement pas étrangères à la faiblesse de ce nombre. En effet, jusqu'à présent, le recours n'a été exercé qu'à l'initiative du médiateur (*Provedor de Justicia*), le Président de la République préférant probablement éviter les conflits institutionnels.

2. L'impossibilité du développement des sanctions de la carence législative en dehors de la création d'une voie de droit ad hoc

En droit positif français, les contrôles juridictionnels des omissions législatives restent fort limités. D'une part, le Conseil constitutionnel ne peut sanctionner l'omission législative qu'au travers du grief d'incompétence négative soulevé à l'occasion d'un contrôle *a priori* ou d'une question prioritaire de constitutionnalité (donc en statuant sur un texte existant). D'autre part, le juge administratif est incompétent pour connaître de rapports entre les pouvoirs. Si la « responsabilité » de la carence législative pèse également sur le Gouvernement – en considérant, par exemple, un défaut ou un refus d'utilisation des articles 39 ou 44 de la Constitution –, imaginer un contrôle indirect de la carence législative par le juge administratif n'est pas pertinent, en ce que les actes du pouvoir exécutif intervenant

¹⁹⁶² BON P., *op. cit.*, p. 155.

¹⁹⁶³ Au cours de la période 1976-1982, le recours existait mais sous des modalités différentes : le contrôle était confié à un organe politique, le Conseil de la Révolution, et le constat de l'omission se faisait sur avis obligatoire de la Commission constitutionnelle. Cette dernière a rendu 6 avis, dont 2 concluaient à une omission et ont été suivis par le Conseil. Marie-Christine MEININGER dénombre, depuis l'origine, sept procédures et deux déclarations d'omission : *Le Tribunal constitutionnel du Portugal*, N.C.C.C., 2010, n° 29, p. 273.

dans l'exercice de la fonction législative ou liés à la conduite des relations internationales sont des actes de gouvernement¹⁹⁶⁴.

Le principal obstacle à l'instauration d'un recours en carence indirect est révélé par la célèbre affaire *Tallagrand*, portée devant le Conseil d'État¹⁹⁶⁵. Le requérant demande à la Haute juridiction l'indemnisation des préjudices subis à la suite de l'appropriation, par la République démocratique et populaire algérienne, d'une école d'enseignement privé qu'il possédait. Parmi les moyens développés au soutien de ses prétentions, le requérant invoque l'alinéa 12 du Préambule de la Constitution de 1946¹⁹⁶⁶ et la violation de l'article 4 paragraphe 3 de la loi n° 61-1439 du 26 décembre 1961 prévoyant qu'une loi ultérieure organiserait, « *en fonction des circonstances* », l'indemnisation des français spoliés en Algérie. La violation serait constituée par le fait que le Gouvernement n'a jamais déposé de projet de loi tendant à cette fin et n'a pas fait usage de ses pouvoirs d'imposer l'ordre du jour prioritaire pour provoquer la discussion d'une proposition d'origine parlementaire. L'action en responsabilité intentée est menée sous l'angle de la sanction de l'abstention de présenter un projet de loi, constitutive d'une carence gouvernementale. L'argument n'emporte pas la conviction du Conseil d'État¹⁹⁶⁷. Le même raisonnement s'applique aux autres décisions du pouvoir exécutif dans le cadre de sa participation au pouvoir

¹⁹⁶⁴ D'autres actes peuvent entrer dans cette qualification, en fonction des circonstances de l'espèce, comme en témoigne, par exemple, l'arrêt niant la détachabilité de la sphère des relations diplomatiques d'un décret pris pour l'application d'une résolution du Conseil de sécurité des Nations Unies : CE 29 décembre 1997, *Société Héli-Union*, Rec. p. 501 ; D.A., 1998, n° 100, obs. D.P. ; Quot. jur., avril 1998, n° 32, note G. PELISSIER ; R.F.D.A., 1998, p. 208.

¹⁹⁶⁵ CE 29 novembre 1968, *Sieur Tallagrand*, Rec. p. 607 ; D., 1969, p. 386, note V. SILVERA ; R.D.P., 1969, p. 686, note M. WALINE. Pour le refus de déposer un projet de loi, cf. CE 14 janvier 1987, *Association des ingénieurs des télécommunications et Vautrey*, Rec., Tables, p. 867.

¹⁹⁶⁶ « *La Nation proclame la solidarité et l'égalité de tous les Français devant les charges qui résultent des calamités nationales* ». Le Conseil d'État conclut à l'irrecevabilité du moyen en estimant que « *le principe ainsi posé, en l'absence de disposition législative en assurant l'application ne saurait servir de base à une action contentieuse en indemnité* ».

¹⁹⁶⁷ « *si le requérant soutient que sa demande en réparation trouve son fondement dans l'abstention du Gouvernement qui n'a pas déposé le projet de loi annoncé en ce qui concerne les Français rapatriés d'Algérie, la question ainsi soulevée, qui se rattache aux rapports du pouvoir exécutif avec le Parlement, n'est pas susceptible par sa nature d'être portée devant la juridiction administrative ; qu'ainsi, l'action en réparation du requérant ne saurait être fondée ni sur les dispositions de la loi précitée ni sur la non intervention de la loi distincte prévue* ». Le Conseil d'État fait ainsi application d'une jurisprudence antérieure : CE Sect. 18 juillet 1930, *Sieur Rouché*, Rec. p. 771.

législatif, ainsi qu'aux décisions concernant la conduite des relations internationales françaises, qui peuvent participer à l'exécution des traités internationaux¹⁹⁶⁸.

Quant à la responsabilité de l'État législateur, l'engagement de l'action peut se faire sur le fondement de la rupture de l'égalité devant les charges publiques¹⁹⁶⁹ ou du fait du préjudice causé directement par une loi contraire aux engagements internationaux¹⁹⁷⁰. La réparation d'un préjudice subi du fait d'une carence législative – si tant est que celui-ci puisse être anormal et spécial – est totalement incompatible avec le régime juridique de la responsabilité sans faute défini par la jurisprudence *La Fleurette* : « pour conférer au principe de responsabilité du fait des lois la nature administrative nécessaire à son existence, le juge a réorienté l'objet même du litige : celui-ci ne porte pas sur la loi, mais sur son application, sur ce point de rencontre imprévisible, lors du vote de la loi, entre des effets recherchés et nécessaires à la réalisation de l'objectif visé et les intérêts d'un particulier »¹⁹⁷¹. Dans le cas de la responsabilité du fait de la loi inconventionnelle, le régime *sui generis* adopté par l'Assemblée du Conseil d'État

¹⁹⁶⁸ Sont ainsi qualifiés d'actes touchant aux rapports entre les pouvoirs publics constitutionnels la décision de promulguer une loi (CE Sect. 3 novembre 1933, *Sieur Desreumeaux*, Rec. p. 993 ; D., 1934, III., p. 36, note A. GROS ; R.D.P., 1934, p. 649, note G. JÈZE ; S., 1934, III., p. 9, note R. ALIBERT), pour la décision de déposer ou de retirer un projet de loi (CE Ass. 19 janvier 1934, *Compagnie marseillaise de navigation à vapeur Fraissinet*, Rec. p. 98), le refus de faire les diligences nécessaires à l'adoption rapide d'un projet de loi (CE Sect. 25 juillet 1947, *Société l'Alfa*, Rec. p. 344), ou la décision implicite de refus de prendre l'initiative d'une révision constitutionnelle (CE 26 février 1992, *Allain*, Rec., Tables, p. 659). De même, la décision de ne pas publier un traité (CE 4 novembre 1970, *Sieur de Malglaive*, Rec. p. 635), la décision de suspendre l'exécution d'un traité (CE Ass. 18 décembre 1992, *Préfet de la Gironde c. Mahmedi*, Rec. p. 446, concl. F. LAMY ; A.J.D.A., 1993, p. 82, chron. C. MAUGÜÉ et R. SCHWARTZ ; J.C.P., G., 1993, IV, 503, obs. M.-C. ROUAULT ; L.P.A., n°32, 15 mars 1993, p. 7, chron. T. CELERIER), le refus du gouvernement de se conformer aux obligations financières issues d'un traité (CE Sect. 29 novembre 1974, *Ministre des Finances c. Sieur Canino*, Rec. p. 597 ; A.J.D.A., 1975, p. 190 ; D., 1975, p. 333, note M. DURUPTY) sont considérées comme des actes liés à la conduite des relations extérieures de la France.

¹⁹⁶⁹ CE 14 janvier 1938, *Société anonyme des produits laitiers « La Fleurette »*, Rec. p. 25 ; S., III, p. 25, concl. G. ROUJOU, note P. LAROQUE ; D., III, p. 41 concl., note L. ROLLAND ; R.D.P., p. 87, concl., note G. JÈZE ; G.A.J.A. n°50.

¹⁹⁷⁰ CE Ass. 8 février 2007, *Gardedieu*, Rec. p. 78, concl. L. DEREPAS ; R.F.D.A., p. 361, concl., p. 525, note D. POUYAUD, p. 789, note M. CANEDO-PARIS ; R.G.D.I.P., p. 488, concl. (extraits) ; D.A., Études, p. 9, M. GAUTIER et F. MELLERAY ; R.T.D.H., p. 909, note F. LEMAIRE ; D., n°18, Ét. et comm., p. 1214, note G. CLAMOUR ; J.C.P., A., 2083, note C. BROUELLE ; L.P.A., n°157, 7 août 2007, p. 11, note M. CANEDO-PARIS.

¹⁹⁷¹ BROUELLE C., *La responsabilité du fait des lois*, Paris, L.G.D.J., Bibliothèque de Droit public, t. 236, 2003, p. 64.

repose sur trois conditions cumulatives précédemment évoquées¹⁹⁷². Ce raisonnement est clairement retranscrit dans le considérant de principe de l'arrêt *Gardedieu* : « la responsabilité de l'État 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 »¹⁹⁷³. La référence explicite à l'intervention d'une loi exclut définitivement la carence totale du législateur du champ de l'action, la carence législative dans la mise en œuvre du droit conventionnel n'est tout simplement pas sanctionnable. La carence partielle, concrétisée par exemple dans une loi entachée d'incompétence négative ou inintelligible et peu claire pour laquelle le Conseil constitutionnel n'aurait pas été saisi, ne semble pas non plus pouvoir être accueillie favorablement par le juge, tenté, à bon droit, de se déclarer incompétent.

Enfin, aux développements précédents s'ajoute le constat de l'absence de dispositif permettant l'engagement de la responsabilité du législateur en cas de carence dans l'exercice de sa fonction. Il en résulte que seule la création d'un nouveau recours spécifiquement destiné à la sanction de la carence législative permettrait d'améliorer l'efficacité des normes non directement applicables. En raison d'obstacles tant théoriques que pratiques, et à peine deux ans après l'entrée en vigueur de la procédure de question prioritaire de constitutionnalité, cette évolution est très improbable.

¹⁹⁷² La méconnaissance d'une règle internationale par une disposition législative, un préjudice, et l'existence d'un lien de causalité entre cette méconnaissance et le préjudice.

¹⁹⁷³ CE Ass. 8 février 2007, *Gardedieu*, Rec. p. 78, concl. L. DEREPAAS ; R.F.D.A., p. 361, concl., p. 525, note D. POUYAUD, p. 789, note M. CANEDO-PARIS ; R.G.D.I.P., p. 488, concl. (extraits) ; D.A., Études, p. 9, M. GAUTIER et F. MELLERAY ; R.T.D.H., p. 909, note F. LEMAIRE ; D., n°18, Ét. et comm., p. 1214, note G. CLAMOUR ; J.C.P., A., 2083, note C. BROYELLE ; L.P.A., n° 157, 7 août 2007, p. 11, note M. CANEDO-PARIS.

Paragraphe II : Les possibilités de développement du contrôle juridictionnel des normes non directement applicables, approche qualitative

L'étude des éléments visant à augmenter le nombre d'hypothèses contentieuses donnant lieu à un contrôle du respect des normes non directement applicables révèle des résultats pour le moins mitigés. Il est ainsi nécessaire d'envisager les possibilités de développement des contrôles juridictionnels existants afin d'améliorer la justiciabilité des normes non directement applicables. Deux solutions paraissent de nature à permettre d'atteindre le but : la protection d'une garantie objective minimale (A) et la protection d'un contenu minimal (B).

A - La protection d'une garantie objective minimale

La notion de protection d'une garantie objective minimale repose sur l'idée selon laquelle si un énoncé normatif vague ne peut pas servir de base à l'établissement d'un droit individuel, il peut toujours servir de référence à un contrôle de compatibilité d'une norme inférieure. Les conséquences juridiques de ce constat impliquent une admission de l'invocabilité objective, fondée sur les impératifs liés au principe de légalité (1). Cependant, une fois l'invocabilité de la norme admise, le contrôle juridictionnel de compatibilité peut s'avérer fort restreint (2).

1. Une invocabilité fondée sur le respect du principe de légalité aux applications spécifiques

Une disposition vague et imprécise, donc insusceptible d'être directement applicable, peut être invoquée devant le juge en ce qu'elle fait peser sur l'État, ou plus précisément sur ses organes législatifs et réglementaires, une obligation de prendre des mesures appropriées. Une norme trop vague pour conférer un droit peut potentiellement permettre un contrôle de compatibilité d'une norme inférieure, voire

un constat de carence²⁰⁰¹. Le dispositif constituerait ainsi un compromis satisfaisant, dans le cadre de la tension fondamentale entre invocabilité des normes non directement applicables et respect du principe de légalité. Cette idée était, à l'origine, destinée à éviter l'automatisme consistant à déduire du constat de l'imprécision d'un énoncé son inapplicabilité directe, et du constat de l'absence de norme de mise en œuvre (critère de *l'interpositio legislatoris*) l'impossibilité absolue de l'invoquer devant le juge. Cependant, le juge administratif opte de manière constante pour l'assimilation de l'absence de précision d'une norme à l'impossibilité de l'invoquer devant le juge ordinaire²⁰⁰². La solution adoptée par le Conseil d'État peut s'expliquer par de nombreux éléments, dont certains ont déjà été exposés. Comme le relèvent certains commentateurs²⁰⁰³ de la décision *G.I.S.T.I.*²⁰⁰⁴, cette position comporte des fondements incertains et semble inspirée par de fortes considérations d'opportunité. En effet, le refus de la distinction entre effet direct et invocabilité et entre précision et invocabilité semble répondre en premier lieu à un souci de simplicité, quand la proposition d'admettre l'invocabilité des normes vagues à l'encontre des seuls actes réglementaires ajoutait un degré de complexité supplémentaire, déjà très fortement

²⁰⁰¹ Comme le suggère R. ABRAHAM, concl. sur CE Sect. 23 avril 1997, *Groupelement d'information et de soutien des travailleurs immigrés (G.I.S.T.I.)*, précitées, p. 592-593.

²⁰⁰² Comme le relèvent D. CHAVALAUX et T.-X. GIRARDOT dans leur note sous CE Sect. 23 avril 1997, *Groupelement d'information et de soutien des travailleurs immigrés (A.J.D.A., 1997, chron., p. 435 à 443, p. 439)*, les seules exceptions à la position du juge administratif concernent l'invocabilité des lois dont le décret d'application n'a pas été édicté, et l'invocabilité des directives européennes non transposées. La loi à l'énoncé trop imprécis pour s'appliquer par elle-même peut être invoquée à l'encontre d'un refus du pouvoir réglementaire d'édicter les mesures d'application nécessaires, tant dans le cadre du recours pour excès de pouvoir que dans celui de la responsabilité. Le régime contentieux de la directive européenne non transposée sous l'empire de la jurisprudence *Cohn-Bendit* permettait également un important potentiel d'invocabilité, puisque seule la demande de comparaison entre une directive et un acte administratif individuel était, en définitive, irrecevable. Pour autant, le raisonnement propre à chacune de ces exceptions est difficilement transposable à l'hypothèse d'une invocabilité en vue d'un contrôle minimal de compatibilité. En effet, l'invocabilité de la loi imprécise à l'encontre du refus d'édicter des mesures d'application s'inscrit dans le cadre d'une obligation d'exercice du pouvoir réglementaire et d'une compétence partiellement liée. Ce cadre n'existe ni pour la mise en œuvre des règles constitutionnelles ou internationales, ni pour l'exercice de la compétence législative, par essence discrétionnaire dans l'ordre juridique français. Quant aux directives européennes non transposées, la reprise de la solution se heurte à une différence fondamentale de paradigme : les directives, dont le statut est très étroitement lié à la spécificité du droit de l'Union européenne, étaient considérées comme des normes non directement applicables par nature, et non à raison de la qualité de leurs énoncés.

²⁰⁰³ En particulier D. CHAVALAUX et T.-X. GIRARDOT, *A.J.D.A., 1997, chron., p. 435 à 443*.

²⁰⁰⁴ CE Sect. 23 avril 1997, *Groupelement d'information et de soutien des travailleurs immigrés (G.I.S.T.I.)*, précité.

critiqué dans les commentaires de l'arrêt *Cohn-Bendit*²⁰⁰⁵. En second lieu, il est impossible d'ignorer que l'adoption d'une conception plus large de l'invocabilité aurait pour effet d'augmenter considérablement le nombre de normes invocables devant le juge administratif à l'encontre des actes réglementaires comme à l'encontre des lois, ce qui aurait présenté le plus de difficultés²⁰⁰⁶. Toutefois, eu égard aux transformations récentes – dont l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité – l'évolution de la position classique du juge administratif face à la loi²⁰⁰⁷ peut être accélérée.

Plus encore, les formulations des arrêts déniaient l'invocabilité de tels énoncés font ressortir d'autres éléments s'ajoutant au lien entre précision ou effet direct et invocabilité. La formule consacrée afin de qualifier d'irrecevables les moyens fondés sur des normes imprécises semble jouer en réalité sur leur faculté à s'imposer à l'administration : le principe posé par une telle règle « *ne s'impose au pouvoir réglementaire, en l'absence de précision suffisante, que dans les conditions et limites définies par les dispositions contenues dans les lois ou dans les conventions internationales incorporées au droit français ; que, par suite, les associations requérantes ne sauraient utilement, pour critiquer la légalité de l'article 9 du décret attaqué, invoquer ce principe*

²⁰⁰⁵ CE Ass. 22 décembre 1978, *Ministre de l'Intérieur c. Cohn-Bendit*, précité. L'essentiel de la critique réside surtout dans la reconnaissance de moyens de contournement de cette jurisprudence par le mécanisme de l'exception de l'illégalité, ayant pour effet de rendre le dispositif relativement artificiel.

²⁰⁰⁶ Notamment dues à l'absence de contrôle de constitutionnalité des lois a posteriori et à l'incompétence de juge ordinaire en la matière : « *La solution proposée ouvrirait plus grand encore les possibilités de contourner le principe de l'absence de contrôle de constitutionnalité des lois par le juge ordinaire. Elle aurait accru le paradoxe de la situation actuelle dans laquelle la Constitution, dont l'adoption et la révision sont assorties des plus fortes garanties sur le plan des principes démocratiques, a un effet juridique moindre que des traités négociés par les exécutifs et ratifiés en vertu d'une loi sur laquelle le Parlement a peu de prise* », D. CHAVALUX et T.-X. GIRARDOT, A.J.D.A., 1997, chron., p. 435 à 443, p. 441.

²⁰⁰⁷ Telle qu'exprimée dans les conclusions du commissaire du Gouvernement R. LATOURNERIE sur CE Sect. 6 novembre 1936, *Sieur Arrighi* (Rec. p. 966 ; R.D.P., p. 670 ; D., 1938, III., p. 1, concl. et note C. EISENMANN ; S., 1937, III., p. 33, concl. et note A. MESTRE) ; ainsi que les conclusions du commissaire du Gouvernement P. FRYDMANN sur CE Ass. 20 octobre 1989, *Nicolo*, Rec. p. 190, concl. ; A.J.D.A., p. 756, chron. E. BAPTISTE et E. HONORAT, p. 788, note D. SIMON ; R.F.D.A., p. 813, concl., p. 824, note B. GENEVOIS, p. 993, comm. L. DUBOIS et L. FAVOREU ; J.C.P., G., II, 21371, concl. ; R.T.D.E., p. 771, concl. et note G. ISAAC ; L.P.A., n° 137, 15 novembre 1989, p. 4, comm. A. GRUBER ; L.P.A., n° 148, 11 décembre 1989, p. 17, comm. G. LEBRETON ; L.P.A., n° 149, 13 décembre 1989, p. 11, comm. P. DEROUIN ; J.D.I., 1990, p. 5, note J. DEFAUSSY ; Rev. crit. dr. intern. privé, 1990, 79, p. 125, note P. LAGARDE ; L.P.A., n° 17, 7 février 1990, p. 6, comm. J.-F. FLAUSS ; D., 1990, Chron., p. 57, note R. KOVAR ; D., 1990, Jurispr., p. 135, note P. SABOURIN ; R.D.P., 1990, p. 801, note J.-F. TOUCHARD ; G.A.J.A. n° 91.

indépendamment desdites dispositions »²⁰⁰⁸. Cette formulation est également employée *a contrario*, dans le cadre de la détermination de l'applicabilité directe de certaines dispositions, telles que l'article 5 de la Charte de l'environnement, par exemple²⁰⁰⁹. Ajoutée au régime de l'invocabilité des normes non directement applicable, cette formulation permet de constater l'existence, non pas d'une tension fondamentale, mais d'un réel conflit entre l'impossibilité d'invoquer une norme non directement applicable et la nécessité de soumission de l'État au droit.

Cette situation mène à s'interroger sur la possibilité d'une invocabilité objective, fondée sur le respect du principe de légalité, ayant pour unique but d'exclure une norme contraire aux termes d'un contrôle minimal de compatibilité. L'idée ainsi exposée se fonde sur le caractère opposable de la règle juridique, qui serait compatible avec l'attitude du juge consistant à dénier le caractère strictement obligatoire de certains énoncés normatifs à l'égard de l'administration : est opposable ce « *dont la valeur comme élément de l'ordre juridique ne peut être méconnue par les tiers, lesquels, n'étant pas directement obligés par ce qui leur est opposable, n'en sont pas moins tenus d'en reconnaître et d'en respecter l'existence et même d'en subir les effets* »²⁰¹⁰. Une

²⁰⁰⁸ CE 27 septembre 1985, *Association France Terre d'Asile*, Rec., p. 263. Cette formule est régulièrement réutilisée : CE 22 janvier 1997, *Société hôtelière de l'Anse heureuse* (n° 175215, inédit au Recueil Lebon) ; CE 28 juillet 2004, *Préfet de Police c. Nait Saada* (n° 253927, inédit au Recueil Lebon) ; CE 28 décembre 2005, *Préfet de Haute-Savoie c. M. Burkan* (n° 274204, inédit au Recueil Lebon) ; CE 28 décembre 2005, *Mme Massouda* (n° 275453, inédit au Recueil Lebon) ; CE 13 mars 2009, *Coppa*, (n° 319916, inédit au Recueil Lebon). Dans le cas d'une ordonnance de l'article 38 de la Constitution, CE Sect. 19 octobre 2005, *Confédération générale du travail (C.G.T.) et autres*, deux arrêts, Rec. p. 430 et p. 434 ; C.J.E.G., n° 626, p. 495 et p. 512, concl. C. DEVYS ; A.J.D.A., p. 2162, chron. C. LANDAIS et F. LENICA ; J.C.P., E., 1652, note P. MORVAN ; D., 2006, n° 9, jur. p. 629 : « *il appartenait au gouvernement de faire usage de l'habilitation ainsi conférée par le législateur, dans le respect des règles et principes de valeur constitutionnelle, des principes généraux du droit qui s'imposent à toute autorité administrative ainsi que des engagements internationaux de la France produisant des effets directs dans l'ordre juridique interne* ». Cette formulation contraste avec celle retenue à l'occasion de l'affaire *M. et Mme Hoffmann* (CE 21 décembre 2001, Rec. p. 653 ; R.F.D.A., 2002, p. 176) : « *considérant que dans l'exercice de sa compétence le pouvoir réglementaire doit se conformer tout à la fois aux règles et principes de valeur constitutionnelle, aux principes généraux du droit ainsi qu'aux engagements internationaux introduits dans l'ordre juridique interne* ».

²⁰⁰⁹ CE 19 juillet 2010, *Association du quartier « Les Hauts de Choiseul »*, Rec. p. 333 ; A.J.D.A., p. 1453 et p. 2114, note J.-B. DUBRULLE ; D., 2468, obs. F. G. TRÉBULLE ; R.D.I., p. 508, note P. SOLER-COUTEAUX ; A.J.C.T., p. 508 ; Constitutions, p. 611, note E. CARPENTIER ; Dr. env., p. 396, note K. DUHAMEL ; J.C.P., A., 2011, 2119, note P. BILLET ; J.C.P., G., 2011, II, 55, note D. DEL PRETE et J.-V. BOREL : « *ces dernières dispositions qui n'appellent pas de dispositions législatives ou réglementaires en précisant les modalités de mise en œuvre s'imposent aux pouvoirs publics et aux autorités administratives dans leurs domaines de compétence respectifs* ».

²⁰¹⁰ CORNU G., *op. cit.*, ve « Opposable », second sens, p. 707.

approche similaire se retrouve dans les conclusions du commissaire du Gouvernement Pierre-Alain JEANNENEY sur l'affaire *Confédération nationale des sociétés de protection des animaux de France et des pays d'expression française*²⁰¹¹. De surcroît, un embryon de démarche concordante peut se retrouver dans la jurisprudence du Conseil d'État, estimant, avant même le revirement opéré par l'arrêt *Mme Perreux*²⁰¹², que « si, pour atteindre ce résultat à l'issue du délai qui leur est imparti dans la directive, les autorités nationales restent seules compétentes pour décider de la forme à donner à l'exécution de ces directives et pour fixer elles-mêmes, sous le contrôle des juridictions nationales, les moyens propres à leur faire produire leurs effets en droit interne, elles ne peuvent légalement prendre, ainsi que l'a précisé la Cour de Justice des Communautés européennes par un arrêt rendu le 18 décembre 1997 dans l'affaire C-129/96, pendant le délai imparti par la directive, des mesures de nature à compromettre sérieusement la réalisation du résultat prescrit par la directive »²⁰¹³. Cette décision a explicitement pour objet et pour effet de transposer en droit français la jurisprudence *Inter-Environnement Wallonie* de la Cour de justice²⁰¹⁴ et complète la solution posée par l'arrêt *Compagnie Alitalia*²⁰¹⁵. La Haute juridiction admet ainsi l'invocabilité d'une directive européenne, sans

²⁰¹¹ CE, 28 septembre 1984, *Confédération nationale des sociétés de protection des animaux de France et des pays d'expression française*, Rec., Tables, p. 481, p. 512, p. 514, et p. 682 ; A.J.D.A., p. 695, concl. P.-A. JEANNENEY ; A.J.D.A., 1985, p. 83, chron. S. HUBAC et J.-E. SCHOETTL ; Quot. jur., 15 décembre 1984, note M. DEYRA. Après avoir cité le paragraphe 1 de l'article 1^{er} de la Convention européenne sur la protection des animaux en transport international, le commissaire du Gouvernement explique : « une telle formule implique que les autres dispositions édictées dans la suite de cette convention ne produisent pas d'effet direct à l'égard des ressortissants des États contractants et qu'ils ne peuvent donc pas s'en prévaloir devant le juge national. En revanche, il nous semble qu'un requérant peut faire valoir devant le juge administratif que le pouvoir réglementaire n'a pas satisfait à l'obligation de mettre en application les dispositions de la convention et a ainsi méconnu le paragraphe 1 de son article 1^{er} », A.J.D.A., 1984, p. 695 à 698, p. 696.

²⁰¹² CE Ass. 30 octobre 2009, *Mme Perreux*, précité.

²⁰¹³ CE 10 janvier 2001, *Association France Nature Environnement*, Rec. p. 9 ; C.J.E.G., n° 576, p. 210, concl. C. MAUGÛÉ.

²⁰¹⁴ CJCE 18 décembre 1997, *Inter-Environnement Wallonie ASBL c. Région wallonne*, C-129/96, Rec., I, p. 7411. Cet arrêt est complété par TPICE 27 juin 2000, *Salamander AG, Una Fil City Revue GmbH, Alma Media Group, Davidoff c. Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, aff. jointes T-172/98, T-175/98 à T-177/98, Rec., II., p. 2487 : cette obligation ne s'impose qu'aux États membres et ne peut être étendue aux particuliers.

condition particulière de formulation, aux fins d'annulation des dispositions réglementaires « *de nature à compromettre sérieusement la réalisation du résultat prescrit par la directive* » avant même l'expiration du délai de transposition, et à l'encontre du maintien ou de l'édiction de dispositions réglementaires incompatibles avec ce résultat à l'issue du délai de transposition. Ce contrôle de compatibilité « *ne relève pas de l'effet direct des directives (...), mais de l'obligation fixée aux États membres par l'article 189 du traité (nouvel article 249), qui les lie quant au résultat à atteindre. Le juge sanctionne l'absence de respect de cette obligation d'adaptation de la réglementation aux dispositions de la directive* »²⁰¹⁶. Cependant, il est indispensable de remarquer que les seules hypothèses pratiques concordant avec cette proposition se sont concrétisées dans le cadre de l'obligation de transposition d'une directive européenne.

2. Un contrôle minimal de compatibilité

L'invocabilité des normes non directement applicables sur le fondement du respect du principe de légalité aurait pour avantage de constituer une solution intermédiaire. En effet, l'admission de cette invocabilité ouvre la possibilité d'un contrôle minimal de compatibilité²⁰¹⁷ entre l'acte contesté et la norme non directement applicable invoquée, visant à l'exclusion de l'acte illégal. Dans cette optique, il va de soi que le degré de généralité de la norme de référence est inversement proportionnel à la probabilité que ce contrôle aboutisse à la censure de l'acte contesté.

²⁰¹⁵ CE Ass. 3 février 1989, *Compagnie Alitalia*, Rec. p. 44 ; R.F.D.A., p. 391, concl. N. CHAHID-NOURAIÏ, p. 417, note L. DUBOUIS, p. 422, note O. BEAUD ; A.J.D.A., p. 387, note O. FOUQUET ; R.T.D.E., p. 509, note J. VERGÈS, p. 685, chron. V. CONSTANTINESCO, D. SIMON et P. SOLER-COUTEAUX ; R.J.F., p.115, note J. TUROT, p. 125, concl. ; L.P.A., n° 149, 13 décembre 1989, comm. P. DEROUIN ; G.A.J.A. n°90. Voir également, pour une application plus récente, CE 27 juillet 2001, *Coopérative de consommation des adhérents de la mutuelle assurance des instituteurs de France (C.A.M.I.F.)*, Rec. p. 401 ; B.J.C.P., p. 497, concl. C. BERGEAL.

²⁰¹⁶ MAUGÛÉ C., concl. sur CE 10 janvier 2001, *Association France Nature Environnement*, C.J.E.G., n° 576, p. 211.

²⁰¹⁷ Cette idée peut se rapprocher du raisonnement relatif à la notion minimum du principe de légalité développée par Charles EISENMANN, *Le droit administratif et le principe de légalité*, E.D.C.E., 1957, p. 25 à 40, spé. p. 30 : « *la légalité est un rapport de non-contrariété, de non-incompatibilité, ou, positivement, de compatibilité* ». Dans cette optique, l'administration « *ne doit tenir que des conduites compatibles avec le système des règles législatives, c'est-à-dire qui ne méconnaissent, ne contredisent, ne heurtent ou n'enfreignent aucune disposition de la loi* ».

La problématique ici soulevée est familière au Conseil constitutionnel, juge de la conformité des lois à la Constitution. Le caractère parfois fort général des énoncés de certaines dispositions constitutionnelles, notamment de celles auxquelles le Préambule se réfère – ne les empêche pas de constituer des normes de référence du contrôle prévu à l’article 61 de la Constitution. En revanche, la jurisprudence du Conseil constitutionnel se distingue par la souplesse de l’interprétation donnée à ces formulations et au choix du critère de la compétence du législateur comme guide privilégié de l’analyse²⁰¹⁸. Cette position jurisprudentielle se traduit par la sanction de l’incompétence négative et le recours à un seuil minimal de protection²⁰¹⁹. Cette démarche a pour but d’assurer un contrôle spécifique de la loi portant atteinte à un droit constitutionnellement garanti, dont l’intensité varie en fonction du droit concerné et va bien au-delà d’un contrôle minimal de compatibilité. En outre, l’idée de compatibilité minimale peut se retrouver dans le contrôle juridictionnel de l’administration dans l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire. Certes, la faible intensité du contrôle de compatibilité est un corollaire de l’indétermination des énoncés des normes non directement applicables utilisées comme normes de référence. Mais ce degré minimal de contrôle peut aussi se justifier par la prise en compte d’un contexte d’exercice d’une forme de pouvoir discrétionnaire, soit déduit de la norme non directement applicable elle-même, soit que cette norme entend encadrer. Il est ainsi envisageable pour le juge de se borner à estimer que la norme non directement applicable invoquée « *“n’interdit pas” ce qu’a fait l’acte en cause ou “n’impose pas” autre chose* »²⁰²⁰, selon une logique similaire à celle employée dans la jurisprudence *Association France Nature Environnement*²⁰²¹, ou en s’inspirant de la technique jurisprudentielle du Conseil constitutionnel.

L’invocabilité des normes non directement applicables sur le fondement du respect du principe de légalité peut avant tout être conçue comme ayant pour but

²⁰¹⁸ Voir notamment GENEVOIS B., *La jurisprudence du Conseil constitutionnel, Principes directeurs*, Paris, éditions S.T.H., 1988, spé. p. 284 à 296.

²⁰¹⁹ Cf. *supra*, « La sanction dans le cadre du contrôle du pouvoir législatif », p. 330.

²⁰²⁰ DUMORTIER G., concl. sur CE Ass. 11 avril 2012, *Groupe d’information et de soutien des travailleurs immigrés (G.I.S.T.I.) et Fédération des associations pour la promotion et l’insertion par le logement (F.A.P.I.L.)*, R.F.D.A., p. 547 à 559, p. 557.

²⁰²¹ CE 10 janvier 2001, *Association France Nature Environnement*, précité.

l'exclusion d'une norme manifestement incompatible, dans un raisonnement identique à celui développé dans les jurisprudences *Compagnie Alitalia*²⁰²² et *Association France Nature Environnement*²⁰²³. L'innovation consisterait en un simple élargissement du champ d'application de cette position aux autres normes non directement applicables, en se fondant sur les obligations issues du principe hiérarchique et les obligations de mise en œuvre consacrées par les traités internationaux ou le droit constitutionnel. Cette démarche perd encore de son caractère novateur à la lecture de l'arrêt *Association Eau et rivière de Bretagne*²⁰²⁴ relatif à certaines dispositions non directement applicables de la Charte de l'environnement de 2004 : « lorsque des dispositions législatives ont été prises pour assurer la mise en œuvre des principes énoncés aux articles 1, 2 et 6 de la Charte de l'environnement de 2004, à laquelle le Préambule de la Constitution fait référence en vertu de la loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1er mars 2005, la légalité des décisions administratives s'apprécie par rapport à ces dispositions, sous réserve, s'agissant de dispositions législatives antérieures à l'entrée en vigueur de la charte de l'environnement, quelles ne soient pas incompatibles avec les exigences qui découlent de cette charte »²⁰²⁵. En revanche, les hypothèses du constat de carence et de la sanction du manquement à une obligation de moyens semblent plus périlleuses. Le constat de carence est envisageable en se fondant sur le régime juridique de l'exercice obligatoire du pouvoir réglementaire d'application des textes prévoyant l'annulation du refus de prendre les mesures d'applications nécessaires et l'engagement de la responsabilité de l'État sous certaines conditions. Cependant, il est de jurisprudence constante que le texte à appliquer doit imposer à l'autorité compétente pour son application une obligation et non une faculté²⁰²⁶. Or, il a déjà été

²⁰²² CE Ass. 3 février 1989, *Compagnie Alitalia*, précité.

²⁰²³ CE 10 janvier 2001, *Association France Nature Environnement*, précité.

²⁰²⁴ CE 19 juin 2006, *Association eau et rivières de Bretagne*, Rec., Tables, p. 703 et p. 956 ; B.J.C.L., 7/06, p. 475, concl. M. GUYOMAR ; A.J.D.A., p. 1584, chron. C. LANDAIS et F. LENICA ; R.F.D.A., 2007, p. 598, chron. A. ROBLOT-TROIZIER ; R.J.E., 2007, p. 425, étude N. HUTEN et M.-A. COHENDET.

²⁰²⁵ Comme le souligne le commissaire du Gouvernement Mattias GUYOMAR (*op. cit.*, p. 476), la position du Conseil d'État s'inscrit dans la compatibilité avec la distinction établie par le Conseil constitutionnel, CC n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe* (Rec. p. 173, considérant 15, p. 175-176 ; G.D.C.C. n° 31), évoquant les « principes » qui constituent des objectifs ne pouvant être invoqués qu'à l'encontre des actes de portée générale relatifs à leur mise en œuvre ».

²⁰²⁶ Conformément à l'interprétation *a contrario* de l'arrêt CE 11 février 1955, *Crève Cœur et autres*, Rec. p. 86, régulièrement rappelée.

démontré que dégager une telle obligation des normes non directement applicables d'origine constitutionnelle ou internationale présente d'importantes difficultés²⁰²⁷. Enfin, les obligations de moyens, dans la mesure où elles impliquent de déployer tous les moyens, diligences, efforts pour atteindre un objectif, peuvent sembler difficilement sanctionnables. En droit privé, une telle sanction n'est possible que si le demandeur parvient à démontrer que le débiteur de l'obligation de moyens a réellement été insuffisamment diligent dans sa tentative d'atteindre l'objectif visé. Dans le cadre d'un contrôle minimal de compatibilité, le manquement à une obligation de moyens peut aisément être reconnu par l'intermédiaire d'un constat de carence. De plus, ne pas déployer ces moyens sur une longue durée, jugée excessive (au-delà d'un « délai raisonnable », par exemple), revient à méconnaître la norme, comme en témoigne, par exemple, la « jurisprudence » du Comité Européen des Droits Sociaux²⁰²⁸.

B – La protection d'un contenu minimal des droits consacrés par des énoncés normatifs non directement applicables

Au-delà de la vérification d'une compatibilité normative minimale, fondée sur le paradigme objectif de la hiérarchie des normes, il est possible d'envisager un stade supérieur de contrôle juridictionnel fondé sur l'élément subjectif de la protection d'un degré minimal d'efficacité concrète des énoncés normatifs. Cette protection d'un contenu minimal²⁰²⁹ peut procéder de l'idée de seuil et s'inspirer de la théorie du « cliquet », utilisée en matière de droits fondamentaux. Il est ainsi utile de

²⁰²⁷ Cf. *supra*, « L'exercice « discrétionnaire » d'une compétence de mise en œuvre », p. 246.

²⁰²⁸ Comme le démontre notamment le Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux (C.R.E.D.O.F.) de l'Université de Paris Ouest Nanterre La Défense, Projet de recherche sur la justiciabilité des droits sociaux, *Amicus curiae spontané*, remis à la Section du contentieux du Conseil d'État (article R. 625-3 du Code de justice administrative), dans le cadre de la requête n° 322326 du G.I.S.T.I. et de la F.A.P.I.L. contre les ministères de l'Immigration et du Logement, mars 2010, p. 10-11, téléchargeable sur le site internet du C.R.E.D.O.F. : <http://droits-sociaux.u-paris10.fr/index.php?id=164>.

²⁰²⁹ La notion est empruntée à Laurence GAY, *Les « droits-créances » constitutionnels*, Bruxelles, Bruylant, Collection de droit public comparé et européen, 2007, spé. p. 646 à 744. Pour un lien entre le niveau de protection des garanties accordées aux individus et l'incompétence négative, voir GALLETTI F., *Existe-t-il une obligation de bien légiférer ? Propos sur « l'incompétence négative du législateur » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, R.F.D.C., 2004, p. 387 à 417, spé. p. 408 à 412.

déterminer la notion de contenu normatif minimal (1), avant de dégager les principes généraux du contrôle juridictionnel visant à garantir ce contenu minimal (2).

1. Les difficultés de détermination de la notion de contenu minimal

La protection juridictionnelle d'un contenu minimal part du constat selon lequel de nombreuses normes non directement applicables sont porteuses de droits à prestation nécessitant, pour leur mise en œuvre, des actions positives de l'État. Tels sont les cas des alinéas 5 et 11 du Préambule de 1946²⁰³⁰, de l'article 1^{er} de la Charte de l'environnement²⁰³¹, des articles 24, 26, et 27 de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant²⁰³², etc. L'idée de protection juridictionnelle d'un contenu minimal peut trouver une application en droit français dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel appliquant la technique de l'interdiction de la privation de garantie légale précédemment évoquée. Cependant, force est de constater que la doctrine reste partagée sur l'application de l'interdiction de la privation de garanties légales aux droits à prestation²⁰³³. Comme le démontre Ariane VIDAL-NAQUET, le refus d'inclure ces droits dans la catégorie des normes aptes à bénéficier de la protection des garanties légales est motivé par une différence essentielle de conception : tant par leur structure que par leur nature, ces droits relèveraient davantage du champ politique que du champ juridique²⁰³⁴. Toutefois, l'étude de la

²⁰³⁰ Respectivement relatifs au droit à l'emploi, à la protection de la santé et de la sécurité matérielle.

²⁰³¹ Portant sur le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé.

²⁰³² Consacrant respectivement le droit de bénéficier de services médicaux et en garantissant l'accès, le droit à la sécurité sociale et à l'assurance sociale, le droit à un niveau de vie suffisant.

²⁰³³ Ainsi, par exemple, Dominique TURPIN exclut les droits-créances de l'application de la technique, *Les libertés publiques*, Paris, Gualino, 5^e éd., 2000, p. 86 et s., et *Contentieux constitutionnel*, Paris, P.U.F., 2^e éd., 1994, p. 474. Pour l'opinion contraire, voir GENEVOIS B., *La jurisprudence du Conseil constitutionnel, Principes directeurs*, Paris, éditions S.T.H., 1988, p. 202-203 ; LUCHAIRE F., *La sûreté : droit de l'homme ou sabre de M. Prudhomme*, R.D.P., 1989, p. 609, spé. p. 622-623 ; MATHIEU B. et VERPEAUX M., *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, Paris, L.G.D.J., 2002, p. 498 ; ORIANNE P., *Mythe ou réalité des droits économiques, sociaux et culturels*, in *Présence du droit public et des droits de l'homme*, Mélanges Jacques VELU, Bruxelles, Bruylant, 1992, t. 3, p. 1871. La majorité de ces exemples est citée par VIDAL-NAQUET A., *Les « garanties légales des exigences constitutionnelles » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, L.G.D.J., éditions Panthéon Assas, 2007, p. 213. Pour une étude récente, dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité, voir BROYER-CAPELLE C., *L'« effet cliquet » à l'épreuve de la question prioritaire de constitutionnalité*, A.J.D.A., 2011, p. 1718.

²⁰³⁴ VIDAL-NAQUET A., *op. cit.*, spé. p. 213.

jurisprudence du Conseil révèle une application de l'interdiction de la privation de garanties légales aux droits à prestation, tels que le droit au logement²⁰³⁵ ou les droits tirés de l'énoncé de l'alinéa 11 du Préambule de 1946²⁰³⁶.

L'emploi du critère du seuil minimum de protection – ou « cliquet anti-retour » – par le Conseil constitutionnel ainsi que l'applicabilité d'une telle technique contentieuse de contrôle aux droits à prestation suscitent de vives controverses doctrinales²⁰³⁷. Ces divergences viennent principalement de la manière dont les auteurs comprennent l'expression selon laquelle « *l'exercice de ce pouvoir ne saurait aboutir à priver de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel* »²⁰³⁸. Cette expression est souvent conciliée avec la formulation concernant la liberté de communication : « *s'agissant d'une liberté fondamentale, d'autant plus précieuse que son exercice est l'une des garanties essentielles du respect des autres droits et libertés et de la souveraineté nationale, la loi ne peut en réglementer l'exercice qu'en vue de le rendre plus effectif ou de le concilier avec celui d'autres règles ou principes de valeur constitutionnelle* »²⁰³⁹. Comme le démontre Laurence GAY²⁰⁴⁰, l'interdiction de priver

²⁰³⁵ CC n° 94-359 DC, 19 janvier 1995, *Loi relative à la diversité de l'habitat*, Rec. p. 176, considérant 8, p. 177-178.

²⁰³⁶ CC n° 2010-622 DC, 28 décembre 2010, *Loi de finances pour 2011*, Rec. p. 416, considérant 33, p. 423 ; CC n° 2010-71 QPC, 26 novembre 2010, *Melle Danièle S.*, Rec. p. 343, considérant 15, p. 347 ; ou encore CC n° 2011-170 QPC, 23 septembre 2011, *Mme Odile B. épouse P.*, J.O.R.F. du 24 septembre 2011 p. 16017, spé. considérant 4.

²⁰³⁷ La thèse de l'inapplicabilité reste minoritaire, et se retrouve dans certaines notes, citées par Laurence GAY (*op. cit.*, p. 666) : SCHOETTL J.-E., note sous CC n° 99-416 DC, 23 juillet 1999, *Loi portant création d'une couverture maladie universelle*, A.J.D.A., p. 700 ; telle est également la conception de Bertrand MATHIEU et Michel VERPEAUX, note sous CC n° 97-393 DC, 18 décembre 1997, *Loi de financement de la Sécurité sociale pour 1998*, L.P.A., n° 74, 22 juin 1998, chron. p. 9 à 14, spé. p. 13 ; cf. également MATHIEU B., note sous CC n° 96-383 DC, 6 décembre 1996, *Loi relative à l'information et à la consultation des salariés dans les entreprises et les groupes d'entreprises de dimension communautaire, ainsi qu'au développement de la négociation collective*, L.P.A., n° 88, 23 juillet 1997, chron. p. 26 à 29. La position de ces auteurs semble avoir évolué depuis, dans le sens de l'inexistence d'un effet cliquet (SCHOETTL J.-E., *La nouvelle modification de la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication : dernier épisode en date d'un feuilleton constitutionnel*, L.P.A., n° 151, 30 juillet 2000, p. 12 à 28, spé. p. 23) ou de son applicabilité limitée à deux hypothèses fort restrictives (MATHIEU B. et VERPEAUX M., *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, Paris, L.G.D.J., 2002, p. 497-498).

²⁰³⁸ CC n° 86-210 DC, 29 juillet 1986, *Loi portant réforme du régime juridique de la presse*, Rec. p. 110, considérant 2, p. 111 ; CC n° 86-217 DC, 18 septembre 1986, *Loi relative à la liberté de communication*, Rec. p. 141, considérant 4, p. 143.

²⁰³⁹ CC n° 84-181 DC, 10 et 11 octobre 1984, *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse*, Rec. p. 78 (G.D.C.C. n° 18), considérant 37, p. 83-84.

²⁰⁴⁰ GAY L., *op. cit.*, spé. p. 664 à 671.

de garanties légales est parfois assimilée à un « cliquet anti-retour »²⁰⁴¹ en ce qu'elle consiste à ne pas « ôter » de garanties existantes, ce qui constitue une forme d'interdiction de régression. Cependant, la véritable obligation du législateur consiste à garantir l'effectivité des droits fondamentaux, ce qui est différent de l'obligation de fond autonome désignée par les expressions « effet cliquet » ou « cliquet anti-retour », que le Conseil constitutionnel se refuse manifestement à employer²⁰⁴². Plus encore, l'étude de la jurisprudence révèle une applicabilité de l'interdiction de la privation de garanties légales aux droits à prestation, mais faisant peser sur le législateur une contrainte plus faible que pour certains autres droits en admettant des aménagements bien plus restrictifs. « *Il apparaît alors que le Conseil constitutionnel n'a jamais posé une interdiction de retour en arrière dans le régime législatif des droits fondamentaux, mais simplement celle de supprimer les conditions de leur exercice effectif* »²⁰⁴³. L'interdiction de privation de garantie légale semble donc être un élément de la théorie de « l'effet cliquet », mais ne saurait lui être assimilé dans la mesure où cette interdiction, entendue de manière stricte par le Conseil, correspond à une technique de protection des droits de moindre degré par comparaison à une idée de seuil : il apparaît possible de mettre en place une protection globalement moindre d'un droit, sans pour autant le priver des garanties légales indispensables à son exercice effectif ; il est en revanche impossible de priver un droit de garanties légales d'exercice sans enfreindre un standard de protection. Cette démarche, essentiellement fondée sur l'exigence d'effectivité concrète des droits consacrés, correspond à l'idée de protection d'un contenu minimal, tout en respectant le caractère essentiellement discrétionnaire du pouvoir législatif. Ce raisonnement semble particulièrement adapté, tant à la nature qu'aux fonctions des normes non directement applicables. Ainsi, il est intéressant d'envisager la transposition de cette

²⁰⁴¹ Tel est notamment le cas chez les auteurs déduisant de l'interdiction de priver de garanties légales les exigences constitutionnelles l'applicabilité de « l'effet cliquet » aux droits-créances.

²⁰⁴² CC n° 2002-461 DC, 29 août 2002, *Loi d'orientation et de programmation pour la justice*, Rec. p. 204 : l'expression « effet cliquet » est employée par les requérants (considérant 64, p. 216), et le Conseil précise « *qu'en apportant les modifications contestées au code de procédure pénale, le législateur n'a ni rompu l'équilibre entre les différentes exigences constitutionnelles en cause, ni manifesté une rigueur qui ne serait pas nécessaire au regard de l'article 9 de la Déclaration de 1789* » (considérant 68, p. 216). Il se positionne ainsi sur le terrain de l'équilibre de la conciliation entre plusieurs exigences constitutionnelles et du contrôle de proportionnalité.

²⁰⁴³ GAY L., *op. cit.*, p. 667.

jurisprudence à l'ensemble des contrôles possibles portant sur les normes non directement applicables sur le plan théorique.

2. Un contrôle minimal de compatibilité à l'efficacité limitée

La différence entre le contrôle fondé sur la possibilité de protection d'un contenu minimal et le contrôle minimal de compatibilité réside dans les objectifs de ces techniques contentieuses. Alors que le contrôle minimal de compatibilité vise à empêcher les contrariétés patentes entre deux normes, le contrôle fondé sur le respect d'un contenu minimal est mû par un critère d'efficacité concrète minimale de la règle juridique. Ce dernier se concentre ainsi sur les effets prévisibles de la norme contrôlée, quand le premier porte essentiellement sur sa nature et sa structure. En s'inspirant de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, il est possible de caractériser ce contrôle par ses fins d'interdiction de priver de garanties normatives les normes de référence. Cette technique contentieuse se fonde donc sur l'interdiction de tout moyen ayant pour conséquence de neutraliser les effets attendus d'une règle de droit. Le contrôle de protection d'un contenu minimal révèle son aspect global en ce qu'il nécessite de la juridiction la prise en compte de l'ensemble des dispositifs régissant la matière, mais aussi des contraintes matérielles pesant sur elle. Cette dernière technique juridictionnelle n'est que globale, et se distingue ainsi d'un contrôle de compatibilité normative classique. La souplesse et la globalité de ce contrôle permettent d'envisager les garanties substantielles d'exercice des droits consacrés par des normes non directement applicables, de nature matérielle, institutionnelle etc.²⁰⁴⁴, dans toute leur diversité et leur hétérogénéité. Les différents types de contrôle se rejoignent pourtant dans leur résultat concret, qui est l'exclusion de la norme contrôlée.

²⁰⁴⁴ Sur ce point, cf. VIDAL-NAQUET A., *op. cit.*, spé. p. 202 à 204. La notion de garantie institutionnelle n'est pas envisagée ici dans le sens spécifique développé notamment par l'auteur allemand Carl SCHMITT, qui révèle la faculté de la Constitution d'accorder, à côté des droits fondamentaux, une protection spéciale à certaines institutions. Cette faculté se traduit par un dispositif visant à rendre impossible l'abrogation de ces « institutions » par le législateur ordinaire : SCHMITT C., *Théorie de la Constitution*, Paris, P.U.F., Collection Léviathan, 1989, spé. p. 308.

À la notion de protection d'un contenu minimal correspond logiquement un contrôle restreint, respectueux du caractère relativement discrétionnaire de l'action normative impliquée par les normes non directement applicables. Le recours du Conseil constitutionnel à l'interdiction de la privation de garantie légale correspond à ce raisonnement. Le législateur est soumis à l'obligation de prévoir, si nécessaire, des garanties « *appropriées et spécifiques* » à l'exercice des droits constitutionnels. Ainsi, l'absence, l'abrogation ou la modification de telles garanties légales se voient sanctionnées sur le double fondement de l'article 34 de la Constitution²⁰⁴⁵ et du droit concerné, au motif de l'incompétence négative. À ces vérifications s'ajoutent les exigences liées à l'application de l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi. Toute limitation législative à un droit constitutionnellement garanti fait l'objet d'un encadrement par le Conseil constitutionnel, dont le contrôle varie en intensité selon le droit en cause²⁰⁴⁶. Cependant, force est de constater que les droits à prestations sont exclus du contrôle des limitations fondé sur l'exigence d'un intérêt qualifié et la nécessité du dispositif.

Le développement d'hypothèses de contrôle juridictionnel visant à garantir un contenu minimal des droits n'est envisageable que si la juridiction saisie admet dans un premier temps l'invocabilité de la norme consacrant le droit à protéger (au moins à l'encontre des actes juridiques visant à concrétiser ces droits). Un raisonnement approchant cette suggestion peut se retrouver de manière surprenante dans la décision du Conseil constitutionnel statuant sur la compatibilité de la Charte

²⁰⁴⁵ « *La loi fixe les règles concernant : les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques* ».

²⁰⁴⁶ Ainsi, les restrictions apportées aux droits-libertés les plus protégés exigent l'existence d'un motif de valeur constitutionnelle et sont soumises à un contrôle de proportionnalité particulièrement approfondi : la nécessité et l'adéquation de la mesure prise sont examinées, le Conseil peut également être amené à envisager l'existence d'une mesure alternative moins restrictive du droit en cause. Pour les limitations apportées à d'autres droits de structure identique, l'existence d'un intérêt général simple suffit, le contrôle de proportionnalité se dispense de la recherche d'une mesure alternative moins restrictive, et seules les disproportions manifestes se voient sanctionner. Une troisième attitude, intermédiaire, consiste à exiger un intérêt général suffisant et à exercer un contrôle de proportionnalité intégral. Cette différenciation de degré dans le niveau de protection juridictionnelle est relevée par de nombreux auteurs, s'interrogeant sur une hiérarchisation matérielle de garantie des droits : cf. notamment, MATHIEU B. et VERPEAUX M., *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, L.G.D.J., 2002, p. 499 à 501 ; GOESEL-LE BIHAN V., *Contentieux constitutionnel*, Ellipses, Collection Cours magistral, 2010, p. 141 à 145 ; GOESEL-LE BIHAN V., *Le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : figures récentes*, R.F.D.C., 2007, p. 269.

des droits fondamentaux de l'Union européenne à la Constitution, le Conseil relève que la Charte « comporte, à côté de « droits » directement invocables devant les juridictions, des « principes » qui constituent des objectifs ne pouvant être invoqués qu'à l'encontre des actes de portée générale relatifs à leur mise en œuvre ; qu'au nombre de tels « principes » figurent notamment le « droit d'accès aux prestations de sécurité sociale et aux services sociaux », le « droit de travailler », le « droit des personnes âgées à mener une vie digne et indépendante et à participer à la vie sociale et culturelle », le « principe du développement durable » et le « niveau élevé de protection des consommateurs » »²⁰⁴⁷. Il reste à distinguer les « actes de portée générale relatifs à leur mise en œuvre » de ceux ne visant pas cette fin. Or, cette distinction semble difficilement opératoire en pratique, à moins d'adopter une conception particulièrement large et souple de la notion de mise en œuvre.

En dehors du problème technique apparent de l'invocabilité, il paraît particulièrement intéressant d'essayer d'adapter l'interdiction de la privation de garanties légales à l'exercice d'un droit aux contrôles juridictionnels dans lesquels interviennent des normes non directement applicables. En effet, le juge administratif est depuis longtemps familier du contrôle des libertés fondamentales et contribue largement au développement du contrôle de proportionnalité²⁰⁴⁸. Il est de plus discutable et incohérent que le législateur soit soumis à une telle interdiction du fait des prescriptions constitutionnelles alors que le pouvoir réglementaire, bien que lui aussi destinataire des droits à prestation, ne l'est pas. Toutefois, les incertitudes quant à l'opérance des critères de détermination d'une notion aussi imprécise et subjective constituent un empêchement dirimant à sa concrétisation. Plus encore, les censures effectives des lois fondées par ce motif restent extrêmement rares, portant une atténuation certaine à l'objectif d'efficacité des normes poursuivis.

²⁰⁴⁷ CC n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, Rec. p. 173, considérant 15, p. 175-176 ; G.D.C.C. n° 31.

²⁰⁴⁸ Pour une synthèse récente, voir KALFLÈCHE G., *Le contrôle de proportionnalité exercé par les juridictions administratives*, L.P.A., n° 46, 5 mars 2009, Numéro spécial, Actes du colloque *Les figures du contrôle de constitutionnalité en droit français*, Faculté de droit et d'économie de la Réunion, 4 et 5 juin 2007, p. 46 à 53, p. 47 à 50.

Section II : La nécessaire reconstruction de conceptions de l'applicabilité et de l'invocabilité plus nuancées

« À une division dichotomique opposant l'effet direct qui donne une vision abusivement simplifiée d'une réalité autrement plus complexe, il faut certainement préférer une présentation davantage nuancée fondée sur une pluralité graduée de situation en fonction en fonction des divers types d'effet que peuvent avoir les normes »²⁰⁴⁹. L'applicabilité, en tant que « vocation, pour un système juridique ou une norme, à régir une situation »²⁰⁵⁰, est considérée comme la condition de l'invocabilité de la norme, en tant que faculté pour un requérant de l'utiliser au soutien de ses prétentions dans le cadre d'une procédure juridictionnelle. « À "l'immédiateté normative" descendante correspond, comme un corollaire, une "immédiateté juridictionnelle" ascendante »²⁰⁵¹. La démarche du juge administratif français mène au principe d'une alternative suivant laquelle soit la norme est applicable, donc invocable, soit la norme n'est pas applicable et ne peut en aucun cas être invoquée directement ou par elle-même. Les conséquences pratiques de ce raisonnement aboutissent à une confusion qui rend difficile la distinction de notions pourtant loin d'être identiques. Il est ainsi nécessaire de revenir sur ces concepts afin de mieux comprendre les rapports qu'ils entretiennent et d'autonomiser leurs mécanismes (Paragraphe I), avant de proposer quelques adaptations des solutions du droit positif visant à harmoniser l'ensemble (Paragraphe II).

²⁰⁴⁹ KOVAR R., *La contribution de la Cour de justice à l'édification de l'ordre juridique communautaire*, R.C.A.D.E., IV-1, p. 15 à 109, p. 79. Cité par Denys SIMON, *Le système juridique communautaire*, P.U.F., Collection Droit fondamental, 3^e éd., 2003, p. 437.

²⁰⁵⁰ CORNU G., *op. cit.*, v^e « Applicabilité », p. 73. Il est nécessaire de rappeler que la définition de l'applicabilité directe retenue dans le cadre de cette étude est la suivante : l'applicabilité directe peut se comprendre comme l'aptitude d'une règle de droit à être appliquée dans l'État où elle est en vigueur sans requérir aucune mesure d'exécution et, notamment, à conférer par elle-même aux particuliers, des droits dont ils puissent se prévaloir devant les autorités (juridictionnelles). Cf. *supra*, Introduction, p. 41 et suivantes.

²⁰⁵¹ CONSTANTINESCO L.-J., *L'applicabilité directe dans le droit de la C.E.E.*, Bruxelles, Bruylant, Collection droit de l'Union européenne, Grands écrits, 2006 (réimpression de l'ouvrage publié à la L.G.D.J. à Paris en 1970), p. 40.

Paragraphe I : L'applicabilité et l'invocabilité, traductions de la nature des liens existants entre la norme et l'individu, dans des contextes juridiques différenciés

Il ressort des développements précédents que, si les notions d'applicabilité et d'invocabilité de la norme sont théoriquement unies par un lien de cause à effet, ce schéma simpliste ne semble pas apte à rendre compte de la complexité pratique. Par conséquent, la conception même de l'invocabilité en tant que symptôme d'une absence d'applicabilité doit être remise en question (A), au point que l'invocabilité de la norme soit perçue comme relativement autonome de son applicabilité (B).

A - Approche critique du caractère mécanique des liens entre applicabilité et invocabilité de la norme juridique

Le cœur de la problématique relative au traitement des normes non directement applicables par le juge administratif réside dans le caractère extrêmement réducteur du raisonnement suivant : la norme est trop imprécise ou n'a pas pour objet de régir la situation juridique, elle ne peut donc pas être appliquée à une espèce sur laquelle elle n'a, par elle-même, aucun effet juridique, par conséquent le justiciable ne saurait s'en prévaloir au soutien de ses prétentions et elle doit être exclue du débat juridictionnel. Ces déductions sont erronées en ce qu'elles reposent principalement sur deux séries d'inexactitudes, respectivement relatives aux méthodes de détermination de l'applicabilité (1) et de l'invocabilité (2).

1. Une détermination de l'applicabilité par l'emploi du critère de la règle de droit

Comme il a déjà été largement évoqué, la détermination de la densité normative d'un énoncé en vue d'une application pratique est une opération envisagée de manière peu approfondie par la théorie juridique, qui se concentre de façon préférentielle sur le critère de la règle de droit. L'appréhension doctrinale du critère objectif d'applicabilité occulte ainsi certains aspects très importants, entrant dans l'appréciation du juge interne. En effet, comme le précise Olivier DE SCHUTTER au sujet, plus spécifique, de l'applicabilité des normes

internationales dans l'ordre interne, le critère objectif « ne saurait découler de la règle prise isolément, c'est-à-dire considérée hors du contexte dans lequel son application est requise. L'applicabilité directe entendue ainsi n'est pas une caractéristique de la règle, mais du rapport que cette règle entretient avec les autres normes juridiques en vigueur (...). Ainsi, même si l'on accepte que la précision de la règle internationale constitue le critère de son applicabilité directe (...), force est de reconnaître que cette précision ne se laisse pas percevoir au départ d'un examen de la règle considérée en elle-même, isolément du contexte dans lequel son application directe est revendiquée : le caractère suffisamment précis de la règle ne dépend pas de la formulation de celle-ci, mais de ce qui peut résulter de l'insertion de la règle dans un système de règles, celui de l'État devant les autorités publiques duquel l'application directe est demandée »²⁰⁵².

Le raisonnement peut être étendu à l'ensemble des normes non directement applicables et, sur le plan de l'invocabilité en tant que corollaire de l'applicabilité, doit s'enrichir des facteurs découlant de l'insertion de la norme dans le cadre du contentieux. Au titre des éléments plaidant en faveur de l'intégration d'éléments extérieurs à la formulation de la règle dans la description théorique de la détermination de l'applicabilité, il est possible de confronter les cas dans lesquels l'intervention d'une autorité normative est obligatoire (obligation de transposition des directives européennes ou obligation d'exercice du pouvoir réglementaire d'application des textes) et à ceux dans lesquels cette intervention relève de la simple faculté, de surcroît avec des degrés différents. Il en va de même pour l'existence ou l'absence d'une *interpositio legislatoris* mettant en œuvre une disposition constitutionnelle, ou de « législation-relai ». Ces observations rejoignent celles formulées par René CHAPUS concernant la détermination de la recevabilité d'un recours pour excès de pouvoir formé contre les circulaires administratives : « l'appréciation du caractère impératif d'une circulaire ou d'une directive fait sans doute davantage appel à la subjectivité, compte tenu, notamment, qu'il faut être sensible, au moins

²⁰⁵² DE SCHUTTER O., *Fonction de juger et droits fondamentaux, transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américain et européens*, Bruxelles, Bruylant, Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, 1999, p. 123-124.

autant qu'au vocabulaire employé, au ton général du document et au contexte dans lequel il se situe »²⁰⁵³.

2. Une déduction de l'invocabilité totalement dépendante de la présence ou de l'absence d'applicabilité directe

Tout d'abord, il est nécessaire de relever l'absence de réels critères théoriques de l'invocabilité des normes non directement applicables, hormis la formulation de la règle, déterminant son applicabilité de manière abstraite, en dehors de facteurs tenant à la situation juridique propre au litige. Or, comme il a été expliqué précédemment, un même énoncé aura vocation à être invoqué dans certaines procédures, et pas dans d'autres, ou par certains requérants en fonction de leur qualité de destinataires directs. Ces possibilités ou impossibilités d'invoquer une même norme se déterminent en fonction des spécificités de la procédure, ainsi qu'en fonction du caractère plus ou moins direct et certain du lien entre le requérant et la règle juridique. Par exemple, l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi est invocable dans le cadre du contrôle de conformité de la loi à la Constitution prévu par l'article 61, mais pas, en lui-même, dans le cadre de l'article 61-1²⁰⁵⁷. Il bénéficie ainsi d'une invocabilité générale, mais pas d'une invocabilité spéciale, car il n'est pas au nombre des droits et libertés que la Constitution garantit. De même, le droit de l'Union européenne prévoit l'existence de requérants privilégiés dans le cadre du recours en annulation²⁰⁵⁸, et le Conseil d'État

²⁰⁵³ CHAPUS R., *Droit du contentieux administratif*, Paris, Montchrestien, 13^e éd., 2008, p. 550. Ce constat est renforcé par la lecture des éléments développés par Mattias GUYOMAR et Bertrand SEILLER, cherchant à identifier les caractéristiques de l'acte administratif décisif : « conformément à la définition précédemment donnée de l'acte unilatéral décisif, le juge administratif se prononce au regard des effets de droit produits par l'acte litigieux. S'il exprime un impératif, s'il impose des droits et des obligations à ses destinataires, s'il déploie une force contraignante, il lui reconnaît un caractère décisif », p. 214. Cf. CE 20 mars 2000, *Mayer et Richter*, n° 202295, inédit au Recueil Lebon ; A.J.D.A., p. 756, note Y. JÉGOUZO.

²⁰⁵⁷ CC n° 2010-4/17 QPC, 22 juillet 2010, *M. Alain C. et autre*, Rec. p. 156, considérant 9, p. 158.

²⁰⁵⁸ L'article 263 du T.F.U.E. prévoit des conditions particulières de recevabilité du recours, favorisant les requérants institutionnels.

a, dans quelques rares cas, admis l'invocation de stipulations manifestement dépourvues d'effet direct en raison de la qualité particulière des requérants²⁰⁵⁹.

Ensuite, les liens entre les notions d'applicabilité et d'invocabilité sont envisagés comme étant systématiques et mécaniques, offrant finalement une classification binaire qui ne prend en compte que la position apparente du juge ordinaire français. Cette conception ne permet pas de rendre compte de la complexité de la réalité juridique, ni même d'intégrer les jurisprudences constitutionnelles ou de la Cour de Luxembourg, sur ce point fort différentes en ce qu'elles distinguent l'applicabilité de l'invocabilité de la règle juridique. Une prise en compte globale sur le plan théorique aurait pour avantage une perception plus fine de la réalité pratique, dans laquelle certains facteurs normatifs et contentieux, précédemment identifiés²⁰⁶⁰, influent considérablement tant sur le régime des normes non directement applicables que sur la détermination de leur degré d'applicabilité.

B – L'autonomisation des notions d'applicabilité et d'invocabilité

L'établissement d'une relative autonomie entre les notions d'applicabilité et d'invocabilité de la norme juridique, mène à étudier les hypothèses d'invocation directe des normes non directement applicables. En la matière, les solutions issues du droit comparé sont nombreuses (1), et leur analyse incite à réfléchir à l'intérêt de les « importer » en droit administratif français (2).

1. La reconnaissance de possibilités d'invocabilité des normes non directement applicables en droit comparé

Les possibilités d'invocation directe des normes non directement applicables découlent de la reconnaissance de conséquences contentieuses réelles des

²⁰⁵⁹ Cf. *supra*, « Une invocabilité potentiellement déterminée par la qualité de « l'invocateur », destinataire de la norme », p. 487.

²⁰⁶⁰ Cf. *supra*, Seconde Partie, Titre Premier, Chapitre Second « L'invocabilité, une notion mouvante », p. 427.

stipulations internationales dépourvues d'effet direct (a) et de la reconnaissance de la capacité des normes non directement applicables à produire des effets négatifs (b).

a. Les conséquences contentieuses de l'absence d'effet direct en droit comparé

Dans ses conclusions sur l'affaire *G.I.S.T.I. et F.A.P.I.L.* du 11 avril 2012²⁰⁶¹, le Rapporteur public Gaëlle DUMORTIER présente quelques solutions issues du droit comparé afin d'enrichir la réflexion relative aux conséquences à tirer de l'absence ou de la présence d'effet direct. La recherche de l'effet direct par le juge est, dans de nombreux cas²⁰⁶², une démarche « associée aux contentieux empreints de subjectivisme »²⁰⁶³. À l'inverse, dans le cadre d'un contentieux de la légalité de nature objective, la capacité de la stipulation internationale à produire un effet direct n'empêche pas nécessairement son invocabilité.

En effet, en Belgique, le juge procède au contrôle de compatibilité des normes internes avec des stipulations dépourvues d'effet direct. Le raisonnement se fonde sur la reconnaissance, par le Conseil d'État, la Cour de cassation et la Cour constitutionnelle, d'un « effet de *standstill* », « effet-clicquet » ou encore « effet de non-régression »²⁰⁶⁴, notamment aux stipulations de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant et du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels. « *Le standstill interdit pour l'avenir l'adoption de normes qui compromettraient la réalisation de l'objectif prescrit par de tels engagements internationaux*

²⁰⁶¹ CE Ass. 11 avril 2012, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (G.I.S.T.I.) et Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement (F.A.P.I.L.)*, n° 322326, à paraître au Recueil Lebon ; R.F.D.A., p. 547, concl. G. DUMORTIER, p. 560, note M. GAUTIER ; A.J.D.A., p. 936, chron. A. BRETONNEAU et X. DOMINO.

²⁰⁶² Le Rapporteur public Gaëlle DUMORTIER se réfère au « contentieux de l'annulation de la plupart des États européens, notamment l'Allemagne et l'Italie, et de celui des actes communautaires devant la Cour de justice de l'Union européenne (par son approche de l'intérêt pour agir) », concl. sur CE Ass. 11 avril 2012, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (G.I.S.T.I.) et Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement (F.A.P.I.L.)*, R.F.D.A., p. 547 à 559, p. 555.

²⁰⁶³ DUMORTIER G., conclusions sur CE Ass. 11 avril 2012, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (G.I.S.T.I.) et Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement (F.A.P.I.L.)*, R.F.D.A., p. 547 à 559, p. 555.

en réduisant le niveau de protection des droits reconnus par ces stipulations par rapport aux garanties précédemment acquises dans l'ordonnancement juridique²⁰⁶⁵ »²⁰⁶⁶. Dans sa décision *M'Feddal* du 6 septembre 1989, le Conseil d'État belge précise que la question n'est pas « de savoir si le Pacte a créé des droits subjectifs dont [les requérants] pourraient se prévaloir devant les tribunaux mais de vérifier si la législation belge est compatible avec l'objectif inscrit dans la règle claire et précise »²⁰⁶⁷. La Cour constitutionnelle (Cour d'arbitrage jusqu'au 7 mai 2007) admet l'invocabilité de certaines stipulations de la Convention relative aux droits de l'enfant, combinées avec les articles 10²⁰⁶⁸ et 11²⁰⁶⁹ de la Constitution du 17 février 1994²⁰⁷⁰. La Cour d'arbitrage belge, (devenue Cour constitutionnelle en 2007), « compétente pour apprécier si une norme législative viole les articles 10 et 11 de la Constitution, (...) doit, lorsqu'elle est interrogée sur une violation de ces dispositions combinées avec une convention internationale, non pas examiner si celle-ci a

²⁰⁶⁴ Voire de « non-rétrogression », Olivier DE SCHUTTER et Sébastien VAN DROOGHENBROECK, *Droit international des droits de l'homme devant le juge national*, Bruxelles, De Boeck & Larquier, Coll. Les grands arrêts de la jurisprudence belge, 1999, p. 118.

²⁰⁶⁵ CE belge, IV^e ch., 6 septembre 1989, *M'Feddal et consorts*, et, *Elbahja et consorts*, n^{os} 32989 et 32990 (2 espèces), Recueil des Arrêts du Conseil d'État belge : la question n'est pas « de savoir si le Pacte a créé des droits subjectifs dont [les requérants] pourraient se prévaloir devant les tribunaux mais de vérifier si la législation belge est compatible avec l'objectif inscrit dans la règle claire et précise ». C. cass. belge, 20 décembre 1990, Pas., 1991, I, p. 392 ; Cour d'arbitrage (devenue Cour constitutionnelle), n^o 33/92, 7 mai 1992, Moniteur belge du 4 juin 1992. Voir également Cour d'arbitrage (devenue Cour constitutionnelle), n^o 106/2003, 22 juillet 2003, Moniteur belge du 4 novembre 2003. Cités par DUMORTIER G., conclusions sur CE Ass. 11 avril 2012, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (G.I.S.T.I.) et Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement (F.A.P.I.L.)*, R.F.D.A., p. 547 à 559, p. 556.

²⁰⁶⁶ DUMORTIER G., conclusions sur CE Ass. 11 avril 2012, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (G.I.S.T.I.) et Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement (F.A.P.I.L.)*, précitées, p. 556.

²⁰⁶⁷ Cité par Gaëlle DUMORTIER, conclusions sur CE Ass. 11 avril 2012, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (G.I.S.T.I.) et Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement (F.A.P.I.L.)*, précitées, p. 556.

²⁰⁶⁸ « Il n'y a dans l'État aucune distinction d'ordres. Les Belges sont égaux devant la loi ; seuls ils sont admissibles aux emplois civils et militaires, sauf les exceptions qui peuvent être établies par une loi pour des cas particuliers. L'égalité des femmes et des hommes est garantie ».

²⁰⁶⁹ « La jouissance des droits et libertés reconnus aux Belges doit être assurée sans discrimination. À cette fin, la loi et le décret garantissent notamment les droits et libertés des minorités idéologiques et philosophiques ».

²⁰⁷⁰ Par exemple, Cour d'arbitrage n^o 62/94, 14 juillet 1994 ; Cour d'arbitrage, n^o 36/96, 6 juin 1996 ; Cour d'arbitrage, n^o 50/98, 20 mai 1998.

*effet direct dans l'ordre interne, mais apprécier si le législateur n'a pas méconnu de manière discriminatoire les engagements internationaux de la Belgique »*²⁰⁷¹.

De plus, la jurisprudence développée par la Cour de Luxembourg relative à l'effectivité des normes dépourvues d'effet direct en droit de l'Union européenne connaît également quelques assouplissements. En principe, la Cour de justice n'admet pas l'invocabilité des stipulations internationales dépourvues d'effet direct à l'encontre des actes issus du droit de l'Union. Cependant, elle a accepté l'invocabilité de telles stipulations à plusieurs reprises, dans des hypothèses particulières : à l'encontre des actes issus du droit de l'Union qui exécutent les obligations résultant des accords du G.A.T.T.²⁰⁷² et de l'Organisation mondiale du commerce (O.M.C.) ou qui y renvoient expressément²⁰⁷³. De surcroît, la Cour de Luxembourg reconnaît l'invocabilité des principes du droit international coutumier, même imprécis et n'ayant pour effet que de créer des obligations entre les États²⁰⁷⁴.

b. La reconnaissance d'effets négatifs et objectifs des normes non directement applicables

En parallèle du développement progressif de mécanismes de contrôle des omissions inconstitutionnelles du législateur, de nombreux juges constitutionnels européens ont construit une jurisprudence consacrant l'encadrement du pouvoir législatif par la sanction des actes contraires à certaines normes non directement applicables. Cette méthode de contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire, d'intensité nécessairement moindre, est notamment fondée sur la reconnaissance d'effets négatifs et d'effets objectifs aux normes non directement applicables. Dans

²⁰⁷¹ Cour d'arbitrage (devenue Cour constitutionnelle), n° 106/2003, 22 juillet 2003, B4.2, statuant sur une question préjudicielle relative à l'article 57 § 2 de la loi du 8 juillet 1976 organique des centres publics d'aide sociale.

²⁰⁷² Par exemple, CJCE 5 octobre 1994, *République fédérale d'Allemagne c. Conseil de l'Union européenne*, C-280/93, Rec., I, p. 4973.

²⁰⁷³ Par exemple, CJCE 23 novembre 1999, *Portugal c. Conseil de l'Union européenne*, C-149/96, Rec., I, p. 8395.

²⁰⁷⁴ CJUE 21 décembre 2011, *Air Transport Association of America, American Airlines Inc., Continental Airlines Inc., United Airlines Inc. c. Secretary of State for Energy and Climate Change*, C-366/10, à paraître au Recueil des arrêts de la CJUE, spé. points 109 et 110.

son tout premier arrêt, la Cour constitutionnelle italienne nie la pertinence de la distinction entre normes prescriptives (*norme precettive*) et normes programmatiques (*norme programmatiche*) au regard du contrôle de *legittimità costituzionale*, ce qui lui permet de procéder à une égale application des droits figurant dans la Constitution. Le Tribunal constitutionnel espagnol qualifie les « *principes directeurs de la politique sociale et économique* » prévus aux articles 39 à 52 de la Constitution²⁰⁷⁵ de « *mandats aux pouvoirs publics et en particulier au législateur* »²⁰⁷⁶. Plus encore, il précise qu'il ne faut pas exclure que « *le principe directeur soit utilisé comme critère pour résoudre la constitutionnalité d'une action positive du législateur quand celle-ci prend la forme d'une norme ayant une incidence notable sur l'entité constitutionnellement protégée* »²⁰⁷⁷. Par un arrêt du 11 avril 1984²⁰⁷⁸, le Tribunal constitutionnel portugais, saisi d'un décret-loi auquel il était reproché de remettre en cause le service national de santé prévu par l'article 64 alinéa 2 a) de la Constitution²⁰⁷⁹, précise que la création de ce service correspond à une obligation de valeur constitutionnelle et qu'une fois le droit à la santé concrétisé s'applique une obligation négative empêchant la remise en cause des garanties existantes²⁰⁸⁰.

La dimension objective des droits fondamentaux du droit allemand est, à l'origine, liée à la théorie institutionnelle des droits fondamentaux de Carl SCHMITT²⁰⁸¹. Ce dernier estime que les droits fondamentaux de l'individu sont totalement dépourvus « d'effet direct », mais que le pouvoir du législateur est limité

²⁰⁷⁵ Ces principes « *ne peuvent être invoqués devant la juridiction ordinaire que conformément aux dispositions des lois qui les appliquent* », aux termes du troisième alinéa de l'article 53 de la Constitution du 27 décembre 1978.

²⁰⁷⁶ S.T.C. 45/1989 du 20 février 1989, fondement juridique n° 4, *Jurisprudencia constitucional*, t. 23, 1989, p. 485. Cité par Laurence GAY, *op. cit.*, p. 198.

²⁰⁷⁷ Décision 45/1989 précitée. Cité et traduit par Laurence GAY, *op. cit.*, p. 198.

²⁰⁷⁸ Arrêt n° 39/1984, in MIRANDA J., *Jurisprudência constitucional Escolida*, Lisbonne, Universidade catolica editora, 1996, p. 916. Cité par Laurence GAY, *op. cit.*, p. 198.

²⁰⁷⁹ « *Le droit à la protection de la santé est assuré : a) au moyen d'un service national de santé universel et général qui tendra à la gratuité en tenant compte de la situation économique et sociale des citoyens* ». Il est utile de rappeler que cette disposition figure au Chapitre II du Titre III de la Première partie de la Constitution du 2 avril 1976, parmi les « *droits et devoirs économiques, sociaux et culturels* ».

²⁰⁸⁰ MIRANDA J., *Jurisprudência constitucional Escolida*, Lisbonne, Universidade catolica editora, 1996, p. 922. Cité par Laurence GAY, *op. cit.*, p. 198.

²⁰⁸¹ Cf. notamment JOUANJAN O., *La théorie allemande des droits fondamentaux*, A.J.D.A., n° spécial, 1998, p. 44 à 51, spé. p. 49 ; Constance GREWE et Hélène RUIZ FABRI, *Droits constitutionnels européens*, Paris, P.U.F., 1995, spé. p. 180-181.

par les « garanties institutionnelles » et les « garanties d'institution »²⁰⁸². De nos jours, la dimension objective des droits fondamentaux permet de définir le droit dont un individu est titulaire lorsqu'il ne dispose pas d'un droit subjectif. La dimension objective des droits non directement applicables est empreinte de la notion de garanties institutionnelles au sens actuel, qui implique « l'obligation pour l'État de créer ou de maintenir des institutions de droit privé (...) ou de droit public (...). Les règles concrètes régissant ces institutions ne sont pas protégées ; c'est seulement l'existence même de celles-ci »²⁰⁸³. L'imposition à l'État d'une telle obligation de garantie compense l'absence de droit subjectif.

De plus, aux conséquences des garanties objectives des droits fondamentaux s'ajoute l'encadrement juridictionnel du pouvoir discrétionnaire de l'administration ou du législateur, par le biais de la théorie jurisprudentielle de la « marge d'appréciation » ou *Beurteilungsspielraum*²⁰⁸⁴. Cette notion juridique permet de dépasser la dichotomie stricte entre compétence liée (*gebundene Verwaltung*) et pouvoir discrétionnaire (*Ermessen*) . Quand l'action de l'administration dépasse le cadre de celle attendue d'une autorité d'application d'une règle de droit (statuant dans le cadre d'une compétence liée), en d'autres termes, lorsqu'elle a la faculté de choisir entre différents comportements, il s'agit de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire²⁰⁸⁵. La marge d'appréciation existe à condition que la règle de droit utilise une notion juridique indéterminée et imprécise, une *unbestimmter Rechtsbegriff*. « Le législateur, en utilisant des notions juridiques indéterminées, habilite (*ermächtigt*) l'administration à prendre des décisions sous sa propre responsabilité, lesquelles ne sont susceptibles d'un contrôle *a posteriori* par les tribunaux que dans une mesure limitée »²⁰⁸⁶. Comme le précise Michel FROMONT, des constructions similaires figurent

²⁰⁸² Selon Olivier JOUANJAN (*op. cit.*, p. 49), les premières sont relatives aux institutions de droit public, les secondes aux institutions de droit privé.

²⁰⁸³ GREWE C. et RUIZ-FABRI H., *op. cit.*, p. 180-181. Cité par Pierre DE MONTALIVET, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, Paris, Dalloz, Bibliothèque parlementaire et constitutionnelle, 2006, p. 379-380.

²⁰⁸⁴ À l'origine, le développement de cette théorie est à attribuer à Otto BACHOF, *Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht*, Juristenzeitung, 1955, spé. p. 97 à 102.

²⁰⁸⁵ MAURER H., *Droit administratif allemand*, Paris, L.G.D.J., traduction de Michel FROMONT, 1994, p. 127.

²⁰⁸⁶ MAURER H., *op. cit.*, p. 139.

notamment en droit néerlandais, suisse ou autrichien²⁰⁸⁷. Dans le cadre de son contrôle, le *Bundesverfassungsgericht*, accordant une *Beurteilungsspielraum*, impose au pouvoir législatif de prendre en compte dans son action les conséquences concrètes de l'adoption de textes destinés à promouvoir l'exercice d'un droit fondamental. En tirant les conséquences de la *Wesentlichkeitstheorie*, selon laquelle les décisions politiques essentielles ne peuvent être déléguées au pouvoir exécutif, la Cour de Karlsruhe « souligne régulièrement qu'il appartient au législateur de déterminer l'étendue et la nature des bénéfices sociaux. Dans cette entreprise, elle laisse souvent une latitude relativement large au législateur. Ainsi, depuis la décision *Numerus Clausus I*²⁰⁸⁸, elle se fonde régulièrement sur l'existence d'une « réserve du possible » pour fixer des limites aux droits à prestation, établissant simplement un « plancher » en dessous duquel le législateur n'est pas autorisé à aller »²⁰⁸⁹.

2. La nécessité pour le juge administratif de distinguer l'applicabilité de l'invocabilité

La définition traditionnelle de l'applicabilité directe, développée en droit international concerne « l'aptitude d'une règle de droit international à conférer par elle-même aux particuliers, sans requérir aucune mesure interne d'exécution, des droits dont ils puissent se prévaloir devant les autorités (juridictionnelles) de l'État où cette règle est en vigueur »²¹⁰⁰. Après quelques menues adaptations, cette description peut être reprise pour les normes d'origine interne, directement applicables si elles possèdent un degré de normativité suffisant pour leur conférer la capacité à régir, par elles-mêmes, la situation juridique envisagée, sans qu'aucune mesure de mise en œuvre soit nécessaire. L'identification de ces caractères dépend de l'appréciation des critères objectifs et subjectifs d'applicabilité. La démarche s'effectue au moyen des référents et selon les méthodes se fondant sur le sens de l'énoncé, déterminé par la volonté des

²⁰⁸⁷ FROMONT M., *Droit administratif des États européens*, Paris, P.U.F., Collection Thémis, 2006, p. 204.

²⁰⁸⁸ BVerfGE 33, p. 303 [333], 18 juillet 1972, *Numerus Clausus I*.

²⁰⁸⁹ FERCOT C., *Les droits sociaux en Allemagne et en Suisse*, R.I.D.C., 2-2011, p. 225 à 256, p. 240-241.

²¹⁰⁰ VERHOEVEN J., *La notion d'« applicabilité directe » du droit international*, R.B.D.I., 1980, p. 243 à 264, p. 243.

auteurs ainsi que sur la capacité de la règle à conférer des droits subjectifs aux individus.

Les éléments de définition de l'applicabilité précédemment exposés sont tous situés et imprégnés d'un contexte contentieux, alors même que la notion d'applicabilité n'est pas exclusivement contentieuse : l'applicabilité directe peut se comprendre comme l'aptitude d'une règle de droit à être appliquée dans l'État où elle est en vigueur sans requérir aucune mesure d'exécution. Cette appréhension particulière de la notion s'explique par le fait que la doctrine s'est concentrée sur les manifestations les plus tangibles des difficultés de la matière. Toutefois, l'applicabilité directe n'est qu'un des nombreux effets qu'une norme juridique, quelle qu'elle soit, est amenée à produire. L'approche limitée au régime contentieux de la règle s'avère donc partielle et contribue à la confusion conceptuelle de l'applicabilité et de l'invocabilité qui, bien qu'unies par des liens étroits, ne sont pas identiques : l'invocabilité est une conséquence déduite du caractère direct de l'applicabilité.

Or, comme le démontre Joe VERHOEVEN, étudiant *La notion d'« applicabilité directe » du droit international*, l'applicabilité doit être entendue dans un sens strict – « à peine de méconnaître cette spécificité des problèmes posés »²¹⁰¹ – ou plutôt sans recourir de manière quasi exclusive à la prévalence des effets contentieux de la norme. De cette nécessité naît une conception de l'applicabilité directe qui perd sa coloration contentieuse en ce qu'elle désigne la vocation de la norme juridique à régir la situation concrète par elle-même, c'est-à-dire sans que l'intervention d'un pouvoir normatif de mise en œuvre soit requise. La notion reconstruite gagne en spécificité et en pertinence, en ce qu'elle intègre réellement la normativité des règles juridiques. Dans cette perspective, la détermination de l'applicabilité d'une norme s'opèrerait en fonction de deux séries de critères complémentaires déjà utilisés par les juridictions : d'une part, le sens de la norme traduit par son énoncé et d'autre part, la nature, l'ampleur et la force obligatoire des devoirs incombant aux autorités normatives. L'adoption de ce raisonnement permet de tirer des conséquences adaptées au degré de normativité de chaque règle, et d'envisager de manière divisible les diverses

²¹⁰¹ VERHOEVEN J., *op. cit.*, p. 244.

implications d'un même énoncé. En d'autres termes, cette conception théorique de l'applicabilité et de ses effets pratiques manifeste un caractère graduel, plus adapté aux particularismes des normes non directement applicables.

Par ailleurs, l'invocabilité de la norme juridique, en tant que faculté du requérant à s'en prévaloir dans le cadre d'une procédure juridictionnelle, est une notion qui nécessite une large prise en compte du degré d'applicabilité de la règle. Toutefois, son identification ne saurait se réduire à la seule conséquence du degré d'applicabilité de l'énoncé. L'invocabilité est largement dépendante de facteurs contentieux, donc relativement autonome et dissociable de la notion d'applicabilité. L'invocabilité s'inscrit davantage en corollaire de l'opposabilité de la règle dans une perspective contraignante et non en conséquence de la seule applicabilité de la norme. L'opposabilité d'une norme désigne sa capacité à être un élément de l'ordre juridique dont la valeur ne saurait être méconnue. Sans être nécessairement et directement obligées juridiquement par ce qui est opposable, les personnes privées et publiques n'en sont pas moins tenues d'en reconnaître et d'en respecter l'existence²¹⁰².

Dans la démarche d'identification de l'invocabilité de la règle, en plus des éléments d'appréciation de son degré d'applicabilité précédemment déterminés, il est indispensable de prendre en compte la force contraignante de la norme, les spécificités du cadre procédural de l'action contentieuse ainsi que la situation du requérant. Il faut également intégrer le but de l'invocabilité de la norme à l'analyse. Ce but est en effet d'une influence considérable sur les chances qu'a le moyen d'être accueilli par la juridiction : l'appréciation sera plus ou moins rigoureuse si la norme invoquée vise une fonction d'interprétation, d'exclusion *a priori* ou *a posteriori*, de réparation ou de substitution²¹⁰³.

Enfin, dans une optique descriptive, ces quelques adaptations conceptuelles des notions d'applicabilité et d'invocabilité semblent plus conformes à la réalité hétérogène et complexe du régime juridique des normes non directement

²¹⁰² CORNU G., *op. cit.*, ve « Opposable », second sens, p. 625.

²¹⁰³ Cf. *supra*, Seconde partie, Titre premier, Chapitre Premier « L'invocabilité, notion plurielle », p. 349.

applicables. En pratique, l'autonomisation des notions d'applicabilité et d'invocabilité permettrait une justiciabilité des normes non directement applicables plus importante. Dans une perspective théorique normative, l'adoption de ces paradigmes rénovés pourrait permettre d'atteindre un degré d'harmonisation supérieur de jurisprudences encore divergentes, du moins sur la forme. Le Conseil constitutionnel et la Cour de Justice de l'Union européenne procèdent à une distinction de l'applicabilité et de l'invocabilité de la règle. Le juge administratif recourt à certaines techniques de substitutions pour arriver à des résultats compatibles, mais sa jurisprudence reste ferme sur la préservation formelle de la dichotomie manichéenne entre applicabilité et invocabilité de la norme. Cette situation n'est pas sans rappeler les contorsions et l'artificialité du régime contentieux des directives européennes sous l'empire de la jurisprudence *Cohn-Bendit*²¹⁰⁴.

Paragraphe II : La nécessaire reconstruction des rapports entre l'applicabilité et l'invocabilité des normes non directement applicables, approche prospective

L'adoption de notions d'applicabilité et d'invocabilité relativement autonomes et rénovées justifie la reconstruction des solutions existantes par l'emploi de nouveaux critères. Il est ainsi possible d'envisager la problématique de l'invocabilité des normes non directement applicables dans une perspective plus large, intégrant les éléments propres au contentieux dans lequel elle est amenée à s'exercer (A). Ce développement est nécessaire à l'établissement d'une systématisation graduelle de l'applicabilité et de l'invocabilité des normes non directement applicables (B).

A – La distinction en fonction de la nature et du but du contentieux, cadre d'exercice de l'invocabilité

L'autonomisation des concepts théoriques d'applicabilité et d'invocabilité a pour conséquence une variation de l'angle d'analyse, source d'une réflexion visant à

²¹⁰⁴ CE Ass. 22 décembre 1978, *Ministre de l'Intérieur c. Cohn-Bendit*, précité.

harmoniser le régime contentieux des normes non directement applicables, menée sur des fondements désormais adaptés. Écrivant sur la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, et plus spécifiquement sur les droits sociaux, Guy BRAIBANT distingue deux formes de justiciabilité²¹⁰⁵. Une justiciabilité objective tout d'abord, qui s'inscrit dans un contentieux de normes et qui permet uniquement au juge d'examiner la conformité d'une règle de droit à des énoncés juridiques prééminents afin de sanctionner les normes inférieures contraires ou incompatibles. Une justiciabilité subjective ensuite, qui permet d'obtenir du juge la satisfaction individuelle d'un droit, soit en nature, soit par compensation, ce qui serait la marque de son exigibilité. Guy BRAIBANT remarque que, dans le débat européen, la plupart des droits sociaux ne relèvent que d'une justiciabilité objective. Appliquée au champ de la présente étude, il est possible de déduire de cette démarche l'existence d'un large potentiel d'invocabilité dans un cadre objectif (1) et d'une faculté d'invocation conditionnelle dans les contentieux subjectifs (2).

1. Un important potentiel d'invocabilité dans le cadre des contentieux objectifs

L'esquisse précédemment dessinée des notions d'applicabilité et d'invocabilité renouvelées conduit à conclure à la nécessité d'un changement de position jurisprudentielle du juge administratif qui est aisément justifiable sur le plan théorique. « *Toute application directe par le juge interne d'une règle internationale n'implique pas nécessairement que cette règle confère un "droit" (ou impose une "obligation") à des particuliers. Il est indispensable qu'il en soit ainsi lorsque le sort de l'action mue par le particulier est conditionné par la jouissance en son chef d'un "droit", quelle qu'en soit la qualification. Il n'en va pas de même lorsque la règle concerne exclusivement le fonctionnement de l'autorité saisie ou lorsqu'elle énonce à charge de l'État une obligation dont sanction peut être obtenue par tout particulier qui y trouve "intérêt", quand bien même il ne revendiquerait personnellement aucun "droit" correspondant* »²¹⁰⁶. Ce

²¹⁰⁵ BRAIBANT G., *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Paris, Éditions du Seuil, 2001, spé. p. 45-46.

²¹⁰⁶ VERHOEVEN J., *op. cit.*, p. 264.

raisonnement ne s'applique pas uniquement aux stipulations internationales considérées comme dépourvues d'effet direct du fait de leur manque de précision, mais peut être transposé à l'ensemble des normes de l'ordre juridique français. Le constat selon lequel toute norme, quel que soit son degré de clarté et de précision, a un effet minimal d'interdiction à destination des pouvoirs publics procède de la logique juridique et est partagé par de nombreux auteurs²¹⁰⁷. Par conséquent, la règle disposant de manière trop vague ou générale peut toujours servir de norme de référence dans le cadre d'un contrôle de compatibilité. Certains auteurs ont adopté cette démarche pour les dispositions du Préambule constitutionnel²¹⁰⁸, mais il n'y a

²¹⁰⁷ Comme l'explique notamment le commissaire du Gouvernement Ronny ABRAHAM dans ses célèbres conclusions sur l'affaire G.I.S.T.I. de 1997 : « 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 d'une norme inférieure. Il faut seulement constater que plus la norme de référence est générale (ce qui n'est d'ailleurs pas le cas, loin s'en faut, de toutes les stipulations internationales dépourvues d'effet direct), et moins il y a de probabilité que le contrôle de compatibilité aboutisse à la censure de la norme inférieure : cette problématique est familière au juge constitutionnel », ABRAHAM R., concl. sur CE Sect. 23 avril 1997, *Groupelement d'information et de soutien des travailleurs immigrés (G.I.S.T.I.)*, R.F.D.A., p. 585 à 596, p. 593. Voir également la conclusion d'Hélène TIGROUDJA, portant pourtant principalement sur le critère subjectif d'applicabilité, *Le juge administratif français et l'effet direct des engagements internationaux*, R.F.D.A., 2003, p. 154 à 168, p. 168 : « au total, on se rend compte que d'une certaine manière, la théorie de l'effet direct des engagements internationaux qui retient la condition de la subjectivité, se présente comme un avatar de la théorie des actes insusceptibles de recours pour excès de pouvoir. M^{me} AUVRET-FINCK note à propos des actes de gouvernement qu'« aussi longtemps que l'exercice des compétences juridictionnelles sera suspendu à l'idée de préserver une marge d'autonomie au profit de l'exécutif, le cas échéant, au détriment du respect de la légalité, l'État de droit laissera transparaître son inachèvement ». De la même manière et pour les mêmes motifs, l'évolution de la théorie subjective de l'effet direct vers une théorie objective est suspendue à la volonté du juge d'exercer la plénitude de ses compétences juridictionnelles en matière de droit international comme dans les domaines dans lesquels l'exécutif dispose d'une large marge d'appréciation. Pourtant, rien ne l'empêcherait d'appliquer les conventions internationales comme n'importe quel élément de la légalité objective, tout en les interprétant, lorsque cela lui semble pertinent, comme laissant à l'administration un large pouvoir discrétionnaire ». AUVRET-FINCK J., *Les actes de gouvernement, irréductible peau de chagrin ?*, R.D.P., 1995, p. 171.

²¹⁰⁸ Voir par exemple GENEVOIS B., *La jurisprudence du Conseil constitutionnel, Principes directeurs*, Paris, éditions S.T.H., 1988, spé. p. 202-203, « la valeur conférée aux principes proclamés en 1946 constitue une protection contre une remise en cause pure et simple de certains acquis sociaux » ; ou encore DONDOUX P., conclusions sur CE Ass. 8 décembre 1978, *Groupelement d'information des travailleurs immigrés (G.I.S.T.I.)*, *Confédération française démocratique du travail (C.F.D.T.)* et *Confédération générale du travail (C.G.T.)*, Rec. p. 493 à 507, p. 501 : « on doit admettre sûrement que la proclamation par le constituant d'un « droit créance » n'a pas pour effet d'obliger les pouvoirs publics à mettre en œuvre ce droit et, dès lors, les intéressés ne peuvent s'en prévaloir pour obtenir un avantage particulier, c'est la raison pour laquelle vous avez jugé (...), à propos d'une autre disposition du préambule de la Constitution de 1946 (...) que « le principe ainsi posé, en l'absence de toute disposition législative précise en assurant l'application, ne saurait servir de base à une action contentieuse en indemnité ». Mais là, nous semble-t-il, doivent s'arrêter les conséquences de l'imprécision relative d'un principe proclamé par le constituant. Car la proclamation d'un tel principe, lorsqu'il est clair et n'a pas été rendu caduc par l'énonciation postérieure d'un principe inconciliable avec lui, a au moins un effet de droit : celui d'interdire aux pouvoirs publics de le méconnaître. Cela vaut à la fois pour la loi elle-même (...) que pour les règlements, quand bien même aucune disposition législative ne serait intervenue ».

aucune raison d'exclure les règles de valeur inférieure, notamment les textes concernés par l'exercice obligatoire du pouvoir réglementaire, en dehors des procédures visant à sanctionner la carence de l'autorité administrative.

Cependant, il est nécessaire de préciser que le raisonnement est plus difficile à mettre en œuvre pour les stipulations internationales dont l'absence d'applicabilité directe est conçue comme une conséquence de leur caractère exclusivement interétatique. Si elles ne sont pas élaborées pour créer directement des droits ou des obligations pour les particuliers, ces normes (relevant par exemple du droit extraditionnel, du droit de la protection consulaire ou du droit international de l'environnement) atteignent pourtant les individus de manière évidente. Pour une illustration plus concrète, il est possible de se référer à la décision *Union nationale des services publics industriels et commerciaux et autres* refusant l'invocabilité de l'alinéa 3 de l'article 87 du traité instituant la Communauté européenne (désormais article 107, alinéa 3 du T.F.U.E.) relatif aux aides pouvant être considérées comme compatibles avec le marché commun, alors même qu'une entreprise concurrente serait particulièrement concernée par la méconnaissance de ces stipulations²¹⁰⁹. La position du juge français, inspirée par le volontarisme et le respect de la souveraineté du pouvoir étatique, a pour effet de maintenir l'individu dans la situation procédurale et matérielle que le droit international classique lui a définie, alors qu'elle est fort différente dans l'ordre interne. Dans le cadre du recours pour excès de pouvoir, défini comme un « *recours 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 légalité* »²¹¹⁰, la question de la capacité de la norme à créer des droits subjectifs au bénéfice du requérant qui entendrait s'en prévaloir paraît, à tout le moins, hors de

²¹⁰⁹ CE Ass. 5 mars 2003, *Union nationale des services publics industriels et commerciaux et autres*, Rec. p. 107 ; A.J.D.A., p. 722, chron. F. DONNAT et D. CASAS ; B.J.C.P., n° 28, p. 209, concl. D. PIVETEAU et obs. C. MAUGÜÉ, R. SCHWARTZ, P. TERNEYRE ; D.A., mai 2003, p. 26 et 28, note A. MÉNÉMÉNIS ; D., Jurispr., p. 851, note J.-D. DREYFUS ; J.C.P., E., 630, note F. LINDITCH : « *si les requérants invoquent la méconnaissance par le 1^o de l'article 3 des stipulations de l'article 87 du Traité de Rome, ce dernier est sans effet direct ; que, par suite, le moyen est inopérant* ».

²¹¹⁰ CE Ass. 17 février 1950, *Ministre de l'agriculture c. Dame Lamotte*, Rec. p. 110 ; R.D.P., 1951, p. 478, concl. J. DELVOLVÉ, note M. WALINE, G.A.J.A., n° 61.

propos²¹¹¹. Le juge administratif, juge du contrat international, compétent pour en interpréter les stipulations²¹¹² ou pour contrôler le respect de la condition de réciprocité²¹¹³, ne semble pas moins compétent pour vérifier qu'une décision administrative est juridiquement compatible avec les engagements internationaux de l'État français²¹¹⁴.

Enfin, dans la perspective d'une applicabilité déterminée par le sens de l'énoncé, la distinction de ses implications concrètes, la nature et l'ampleur de la marge de manœuvre des autorités publiques normatives, les règles non directement applicables peuvent bénéficier d'un large potentiel d'invocabilité dans un cadre objectif. L'invocabilité est principalement identifiée par le degré d'applicabilité de la norme, les règles propres à la procédure engagée et l'objet du moyen. Ainsi, dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir, contentieux dont le caractère objectif est particulièrement important pour la Haute juridiction, la fonction de l'invocabilité d'une norme non directement applicable vise nécessairement l'interprétation ou l'exclusion d'un acte juridique. Or, satisfaire une telle demande n'exigerait qu'un contrôle de compatibilité limité au « noyau dur » de la norme non directement applicable, c'est-à-dire à l'interdiction de la méconnaître, se contentant de sanctionner les violations et atteintes manifestes, quand aucune conciliation raisonnable n'est possible par l'interprétation. Le contrôle minimal ne peut, en aucun cas, être assimilé à une attitude « *usurpatoire* » du juge, tout en permettant d'assurer un respect accru du principe de légalité et une justiciabilité réelle des normes non directement applicables. Cette possibilité aurait également le mérite de favoriser l'harmonisation des jurisprudences administrative et constitutionnelle et de limiter

²¹¹¹ À plus forte raison si elle mise en relation avec l'exigence de la nécessaire lésion d'un droit conditionnant la recevabilité du recours pour excès de pouvoir, abandonnée depuis plus d'un siècle : CE 22 juillet 1892, *Samuel*, Rec. p. 633.

²¹¹² CE Ass. 29 juin 1990, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (G.I.S.T.I.)*, précité.

²¹¹³ CE Ass. 9 juillet 2010, *Mme Chériet-Benseghir*, précité.

²¹¹⁴ Cf. sur ce point les explications développées par Hélène TIGROUDJA, *op. cit.*, p. 165 : « dans l'affaire Garcia Henriquez, peu importe que l'article 5 de la Convention franco-grenadine consacre ou ne consacre pas un droit subjectif à ce que les autorités de la personne extradée soient consultées : le fait est que cette Convention a pour objet de mettre en place une procédure d'extradition et certaines règles précises en la matière. Le travail du juge administratif dès lors consiste non pas à déterminer si l'individu dispose d'un droit à l'information de son État de nationalité mais si la décision prise par les autorités françaises l'a été conformément à la procédure établie par la Convention franco-grenadine ».

les inégalités de traitement juridictionnel entre les normes internes et les normes internationales.

2. Une exigence de spécificité dans le cadre des contentieux à caractère principalement subjectif

La catégorie des contentieux à caractère subjectif se fonde sur la nature de la question posée au juge par le requérant. Or, comme il a déjà été démontré, le caractère non directement applicable d'une norme exclut sa capacité à fonder un droit subjectif dont le justiciable pourrait être reconnu comme titulaire, que ce caractère découle du jeu du critère objectif ou subjectif. Par conséquent, le principe posé par l'alinéa 12 du Préambule de la Constitution de 1946 (relatif à la solidarité et à l'égalité devant les charges résultant des calamités nationales) « *en l'absence de disposition législative en assurant l'application ne saurait servir de base à une action contentieuse en indemnité* »²¹¹⁶. De même, la jurisprudence *Francoovich et Bonifaci*²¹¹⁷ de la Cour de justice de l'Union européenne pose trois conditions cumulatives à l'engagement de l'action en réparation : la directive doit créer des droits dans le chef des particuliers dont le contenu doit pouvoir être identifié au moyen de ses propres dispositions, il doit exister un lien de causalité entre la violation et le dommage subi par l'individu. Cette « incompatibilité théorique », de principe, entre les normes non directement applicables et la structure essentielle des contentieux de nature principalement subjective est surmontable en faisant appel à des éléments extérieurs à l'énoncé de la norme invoquée.

En premier lieu, les éléments fondamentaux du droit de la responsabilité peuvent être perçus comme autant de facteurs de spécificité permettant au contentieux de conserver son caractère subjectif. L'appréciation des caractéristiques du dommage et du préjudice peut permettre de lier de manière subjective la violation d'une norme non directement applicable et le droit à réparation du

²¹¹⁶ CE 29 novembre 1968, *Sieur Tallagrand*, Rec. p. 606 ; reprenant le principe posé par CE 10 décembre 1962, *Société indochinoise des constructions électriques et mécaniques*, Rec. p. 676.

²¹¹⁷ CJCE 19 novembre 1991, *Andrea Francoovich et Danila Bonifaci et autres c. République italienne*, aff. jointes C-6/90 et C-9/90, Rec., I, p. 5357.

requérant. En dehors de ces considérations générales, il est nécessaire de préciser, d'une part, que les normes non directement applicables dont l'invocabilité est admise dans le cadre du recours pour excès de pouvoir devraient, en toute logique, également être invocables dans le cadre de l'action visant à obtenir réparation des préjudices nés des illégalités commises par les autorités normatives. D'autre part, les illégalités donnant lieu à l'annulation dans le contentieux de l'excès de pouvoir et celles de nature à fonder l'engagement de la responsabilité de la puissance publique ne coïncident pas parfaitement. Lorsque l'acte litigieux est justifié sur le fond, les illégalités purement formelles peuvent être considérées comme des fautes qui ne sont pas directement génératrices d'un préjudice réparable²¹¹⁸. L'origine du dommage se situe dans l'incompatibilité entre un acte juridique et une norme de valeur supérieure, contrôlée selon les mêmes méthodes que celles employées dans le cadre du recours pour excès de pouvoir. Le caractère subjectif du contentieux résulte des conditions de reconnaissance du droit à réparation au justiciable qui entend s'en prévaloir, appréciées *in concreto*. Par ailleurs, certains actes juridiques voient leur caractère non directement applicable conçu comme résultant d'un dysfonctionnement, sanctionné comme résultant de la méconnaissance d'une obligation de production normative. Par exemple, le manquement à l'obligation d'exercice du pouvoir réglementaire d'application des textes²¹¹⁹ peut faire l'objet d'actions en responsabilité. Dans ce contexte juridique particulier, la nature non directement applicable de l'acte juridique est considérée comme l'origine du dommage.

En second lieu, il est également possible d'envisager cette fonction « d'apport de subjectivité » pour les techniques de combinaisons normatives, dans le cadre de certaines procédures au caractère spécifique, visant à la garantie de droits et libertés. À cet égard, la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative à l'invocabilité de certaines dispositions de valeur constitutionnelle dans le cadre de la procédure de

²¹¹⁸ CE 19 juin 1981, *Mme Carliez*, Rec. p. 274 ; A.J.D.A., 1982, p. 103, concl. B. GENEVOIS ; CE 30 septembre 2002, *Dupuy*, Rec., Tables, p. 921 et p. 933 ; A.J.D.A., 2003, p. 445, note N. ALBERT.

²¹¹⁹ CE Ass. 27 novembre 1964, *Ministre des Finances c. Dame veuve Renard*, Rec. p. 590, concl. Y. GALMOT ; A.J.D.A. 1964, p. 678, chron. M. PUYBASSET et J.-P. PUISSOCHET ; D. 1965, p. 632, note J.-M. AUBY.

l'article 61-1 de la Constitution pose quelques prémisses intéressantes. Si, en lui-même, l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi ne peut être utilement invoqué à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité, en ce qu'il ne saurait être qualifiable de droit ou liberté que la Constitution garantit, cet objectif peut être invoqué par combinaison avec une norme constitutionnelle consacrant un tel droit subjectif²¹²⁰. Il en va de même pour les moyens tirés de l'incompétence négative du législateur, invocables dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité –à l'encontre des dispositions législatives postérieures à l'entrée en vigueur de la Constitution du 4 octobre 1958²¹²¹ – dans l'hypothèse où un droit ou une liberté que la Constitution garantit est affecté²¹²². Enfin, il est également possible de se référer au raisonnement implicite développé par le Conseil constitutionnel censurant une disposition législative, dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité en raison de son incompatibilité avec le principe de la séparation des pouvoirs, combiné au droit à un recours juridictionnel effectif²¹²³.

B - La systématisation de notions nuancées

Les développements précédents ont posé les jalons nécessaires à une reconstruction des notions d'applicabilité (1) et d'invocabilité (2) dans la perspective d'une graduation, plus adaptée aux problématiques posées par les normes non directement applicables.

²¹²⁰ CC n° 2010-4/17 QPC, 22 juillet 2010, *M. Alain C. et autre*, Rec. p. 156, considérant 9, p. 158.

²¹²¹ CC n° 2010-28 QPC, 17 septembre 2010, *Association sportive Football Club de Metz*, Rec. p. 233, considérant 9, p. 236.

²¹²² CC n° 2010-5 QPC, 18 juin 2010, *S.N.C. Kimberly Clark*, Rec. p. 114, considérant 3, p. 115 ; G.D.C.C. n° 46.

²¹²³ CC n° 2010-100 QPC, 11 février 2011, *M. Alban Salim B.*, J.O.R.F. du 11 février 2011 p. 2758, considérant 5 : « en s'abstenant d'indiquer le motif précis d'illégalité dont il entendait purger l'acte contesté, le législateur a méconnu le principe de la séparation des pouvoirs et le droit à un recours juridictionnel effectif, qui découlent de l'article 16 de la Déclaration de 1789 ».

1. L'applicabilité graduelle des normes juridiques

L'établissement d'une notion graduelle d'applicabilité (a) permet d'organiser la construction d'une échelle d'applicabilité des normes non directement applicables (b).

a. La construction d'une notion d'applicabilité graduelle

L'applicabilité entendue dans un sens large et spécifique, en tant que vocation et faculté d'une norme juridique à régir une situation concrète, peut se décliner en plusieurs degrés d'intensité. La détermination du degré d'applicabilité d'une norme juridique dépend principalement de la force obligatoire de la norme envisagée, notamment identifiée par le sens de son énoncé. Ainsi, l'applicabilité des stipulations internationales ne dépend pas de façon primordiale ou exclusive de leur capacité à conférer des droits subjectifs aux particuliers ou même d'un degré de précision suffisant, mais surtout de la mesure dans laquelle l'État s'est engagé. La caractérisation de ce niveau d'engagement ou de force obligatoire passe par une analyse approfondie du sens de la norme, permettant de savoir de quelle liberté d'action disposent les pouvoirs publics pour satisfaire aux obligations positives ou négatives contenues dans l'énoncé. De cette étude résulte une connaissance poussée des limitations de la marge de manœuvre des autorités publiques, dont la violation est susceptible d'être sanctionnée par le juge. L'amplitude de la compétence des autorités publiques est d'une influence capitale sur le potentiel d'invocabilité de la norme. Plus la liberté d'action est ténue, plus directs et manifestes seront les effets juridiques de la disposition. Plus la marge de manœuvre est large et de nature politique, et moins la disposition sera apte à produire, par elle-même des effets juridiques. À cette méthode générale de raisonnement doivent être intégrés les particularismes de la situation concrète et du contexte juridique global qui l'encadre.

Plus encore, les diverses incidences d'une même formulation doivent être envisagées de manière divisible dans leur variété : si l'applicabilité est conçue comme graduelle, les comportements impliqués par un énoncé connaissent également une gradation. La pratique contentieuse manifeste depuis un certain temps quelques

démarches similaires, comme l'illustre la jurisprudence *Dehaene*²¹²⁴, déduisant, certes dans des circonstances particulières, l'applicabilité directe de l'alinéa 7 du Préambule de 1946 en ce que sa formulation pose une obligation négative, de ne pas porter atteinte au droit de grève. L'applicabilité directe ne joue qu'à partir du moment où la liberté politique s'arrête et où les pouvoirs publics ne respectent pas le « noyau dur » de l'obligation : l'interdiction de méconnaître la norme. Par exemple, l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, qui dispose que la Nation « *garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence* », pose une exigence de protection de la santé publique dont le respect entraîne pour les pouvoirs publics l'obligation de s'abstenir d'y porter atteinte. Mais cette disposition contient également des obligations positives, notamment en termes d'instauration de dispositifs d'aides sociales pour les personnes âgées, économiquement fragiles ou dans l'incapacité de travailler et de subvenir par elles-mêmes à leurs besoins de manière « *convenable* ». L'obligation négative contenue dans l'énoncé de l'alinéa 11 constitue le cœur, le « noyau dur » de sa force obligatoire et est directement applicable, en ce qu'elle fixe une limite matérielle au législateur et au pouvoir réglementaire. L'obligation positive générale de mettre en place un dispositif d'aides sociales leur laisse la faculté politique d'agir et un pouvoir discrétionnaire dans le choix des modalités les plus appropriées. Les limites et les contraintes pesant sur l'action normative sont, dans ce cas, peu nombreuses, à l'exception de l'interdiction de privation de garanties légales, contrôlée par le Conseil constitutionnel dans le cadre des procédures des articles 61 et 61-1 de la Constitution²¹²⁵. Le Conseil d'État

²¹²⁴ CE Ass. 7 juillet 1950, *Dehaene*, précité.

²¹²⁵ CC n° 2010-617 DC, 9 novembre 2010, *Loi portant réforme des retraites*, Rec. p. 310, considérant 8, p. 313 ; CC n° 2010-71 QPC, 26 novembre 2010, *Melle Danièle S.*, Rec. p. 343, considérant 15, p. 347 : « *en vertu du onzième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, la Nation garantit à tous le droit à la protection de la santé ; que l'article 34 de la Constitution dispose que la loi fixe les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ; qu'il est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine de sa compétence, d'adopter des dispositions nouvelles dont il lui appartient d'apprécier l'opportunité et de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions, dès lors que, dans l'exercice de ce pouvoir, il ne prive pas de garanties légales des exigences constitutionnelles* ».

reconnait l'applicabilité directe du « principe » de protection de la santé publique²¹²⁶, dont le contrôle vise à la sanction des discriminations arbitraires dans l'accès à la protection sociale, conformément à la jurisprudence constitutionnelle sur le fond, mais par une technique d'applicabilité sélective²¹²⁷. Partant, la notion d'applicabilité graduelle voit ses conséquences pratiques déjà réalisées dans la jurisprudence administrative relative à la sanction de l'applicabilité des dispositions du Préambule de la Constitution de 1958, comme dans la jurisprudence constitutionnelle.

b. L'échelle d'applicabilité des normes non directement applicables en droit public français

La détermination du degré d'applicabilité des normes juridiques en droit public français doit intégrer, en plus des éléments généraux abstraits développés ci-dessus, certains paramètres extérieurs à la norme étudiée. Aussi, deux séries de facteurs juridiques doivent être pris en compte : les obligations inhérentes au respect de la hiérarchie des normes, d'une part, et les obligations spécifiques de production normative ou les interdictions d'aller en deçà d'un seuil minimal de garanties, d'autre part.

Le premier échelon correspond au degré d'applicabilité potentiellement le plus élevé et comprend les normes dont le caractère non directement applicable est conçu comme « accidentel » ou transitoire. Ces normes bénéficient en effet d'un degré d'applicabilité des plus importants du fait de l'addition des exigences qu'elles prescrivent aux obligations spécifiques de production normative qui sont associées aux actes juridiques qui les expriment. En premier lieu, les directives européennes, occupant une place élevée dans la hiérarchie des normes, bénéficient probablement du degré d'applicabilité le plus important du fait des particularismes et de la rigueur de l'obligation de transposition issue tant du droit de l'Union européenne que de

²¹²⁶ Malgré une terminologie fluctuante, voir CE 7 mai 1999, *Syndicat national des médecins biologistes et autres*, n° 190652, inédit au Recueil Lebon ; CE 29 décembre 2000, *Syndicat national des masseurs-kinésithérapeutes rééducateurs*, Rec., Tables, p. 801 et p. 1209 ; CE 11 avril 2005, *Association pour la promotion de l'odontologie libérale*, Rec. p. 146 ; A.J.D.A., p. 1199.

²¹²⁷ Cf. *supra*, Seconde partie, Titre second, Chapitre premier, Section I, Paragraphe I « La technique des principes généraux du droit comme instrument d'applicabilité sélective », p. 511.

l'article 88-1 de la Constitution de 1958. Par définition, le caractère non directement applicable des dispositions matérielles d'une directive européenne est conçu comme transitoire, dans la mesure où ces prescriptions sont nécessairement amenées à être pleinement intégrées à l'ordre juridique national, donc directement applicables, par les opérations obligatoires de transposition et de mise en œuvre. En second lieu, les actes juridiques concernés par l'exercice obligatoire du pouvoir réglementaire d'application des textes font l'objet d'une logique relativement similaire. Leur degré potentiel d'applicabilité est inférieur à celui des directives européennes en ce que leur valeur juridique est moins importante, et l'obligation de mise en œuvre d'une structure différente. La loi, les ordonnances de l'article 38²¹²⁸ ou les anciens décrets-lois²¹²⁹, les actes assimilés à la loi ²¹³⁰ et les actes réglementaires²¹³¹ voient leur absence d'applicabilité directe considérée comme « accidentelle » ou « anormale », et sont ainsi assortis d'une obligation de mise en œuvre, sanctionnée par une application spécifique de procédures générales visant à sanctionner la carence de l'autorité compétente.

Le second échelon comprend les normes à la valeur juridique la plus élevée mais qui n'engendrent qu'une faculté de mise en œuvre pour les autorités normatives disposant à leur égard d'un pouvoir discrétionnaire. Leur force obligatoire est ainsi moindre, en ce que les obligations impliquées par leurs énoncés ne peuvent principalement produire d'effet qu'une fois que ces autorités ont agi. Ces règles correspondent exactement à la définition théorique classique des normes non directement applicables. Au premier rang de cette catégorie figurent les dispositions constitutionnelles à faible densité normative, dont la majorité est issue du Préambule de la Constitution du 4 octobre 1958. Le contrôle du respect de ces normes se complète par l'application des règles d'interdiction de l'incompétence négative du

²¹²⁸ CE 22 juin 1951, *Hoefel*, Rec. p. 365 ; CE 13 juillet 1962, *Kevers-Pascalis*, Rec. p. 475 ; D. 1963, p. 606, note J.-M. AUBY.

²¹²⁹ CE Sect. 13 juillet 1951, *Union des anciens militaires titulaires d'emplois réservés à la S.N.C.F.*, Rec. p. 403.

²¹³⁰ CE Sect. 24 juillet 1936, *Syndicat général de défense des grands vins de la Côte-d'Or*, Rec. p. 861 ; R.D.P. 1937, III, p. 41, concl. M. LAGRANGE, note M. WALINE.

législateur et de la privation de garanties légales. Les objectifs de valeur constitutionnelle, dans l'acception de la notion retenue par cette étude²¹³², impliquent également l'existence de ces deux obligations négatives mais ne bénéficient pas, en pratique, de la même reconnaissance par le juge administratif et le juge judiciaire. Cette différence résulte de la nature téléologique des objectifs de valeur constitutionnelle, normes déduites de la Constitution. Au second rang se trouvent les stipulations internationales non directement applicables qui occupent la place immédiatement inférieure dans la hiérarchie des normes et ne bénéficient pas d'obligations de réalisation extérieures à leurs énoncés d'une force obligatoire comparable à celle s'appliquant aux règles constitutionnelles. Seule la règle générale *Pacta sunt servanda*, spécialement reprise dans l'alinéa 14 du Préambule de 1946, vient renforcer leurs prescriptions. Plus encore, les conséquences de leur nature contractuelle, telles qu'envisagées par les juridictions, freinent leur potentiel d'applicabilité par le critère du destinataire direct.

Enfin, les circulaires et directives administratives sont des actes de moindre valeur juridique. La force obligatoire et l'applicabilité des circulaires dépendent largement de la qualité de leur auteur et du caractère impératif de leur contenu. Les directives administratives ont le degré d'applicabilité le plus faible en ce qu'elles ne lient, en principe, que partiellement l'administration par leur nature même de document d'orientation de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire.

2. L'invocabilité progressive des normes non directement applicables

Partant de la conception graduée de l'applicabilité, la construction d'une notion d'invocabilité progressive (a) permet de systématiser l'ensemble en une échelle d'invocabilité des normes non directement applicables (b).

²¹³¹ CE 24 janvier 1962, *Ministre de l'Information c. Soc. Radios Filtrex*, Rec. p.54 ; CE Ass. 27 novembre 1964, *Ministre des Finances c. Dame veuve Renard*, Rec. p. 590, concl. Y. GALMOT ; A.J.D.A., p. 678, chron. M. PUYBASSET et J.-P. PUISSOCHET ; D. 1965, p. 632, note J.-M. AUBY.

²¹³² Cf. *supra*, Introduction, p. 49.

a. La construction d'une notion d'invocabilité progressive

La notion d'invocabilité, entendue dans le cadre de cette étude en tant que possibilité pour un justiciable de se prévaloir d'une norme juridique dans une procédure contentieuse, peut également se décliner selon une série de degrés d'intensité. Cependant, elle s'avère bien plus difficile à caractériser que la notion d'applicabilité graduelle, dans la mesure où la détermination des différents degrés d'invocabilité fait intervenir un nombre plus élevé de facteurs fort complexes et où elle dépend de manière importante de la situation concrète du requérant. En partant du degré d'applicabilité de la norme, tel que déterminé principalement par la nature et l'importance de sa force obligatoire, la mesure de son invocabilité s'identifie par le recours à la force contraignante de la règle, les spécificités du cadre procédural dans lequel elle s'exerce et le but de la demande formée par le requérant. À l'instar de la démarche adoptée lors de la distinction des différents types d'invocabilité, le caractère « progressif » de la notion, en tant que caractère de ce qui évolue par degrés de manière croissante, en fonction de l'importance d'une variable²¹³³, s'apprécie au regard du degré de justiciabilité de la norme²¹³⁴.

Les invocabilités d'interprétation et d'exclusion correspondent à un niveau de justiciabilité minimal et sont parfaitement adaptées aux normes disposant des degrés d'applicabilité les plus réduits. L'invocabilité d'interprétation est constituée quand le moyen soulevé consiste à demander au juge d'appliquer une norme à la situation juridique du requérant, mais entendue dans un sens particulier. Le sens est obtenu par l'interprétation de l'énoncé de la norme invoquée en fonction du contenu d'une autre norme distincte. La formulation juridique invoquée a vocation à remplir les fonctions de norme de référence et de guide d'interprétation. Le mécanisme est principalement utilisé dans une optique de conciliation, afin de prévenir les

²¹³³ Il est possible d'établir un parallèle avec la progressivité de l'impôt, en tant que « *système de calcul de l'impôt dans lequel le taux augmente en fonction de l'importance de la matière imposable* », Gérard CORNU, Association H. CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, Paris, P.U.F., Quadrige, 9^e éd., 2011, v^e « Progressivité », p. 808. Le Nouveau Petit Robert, *Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, v^e « Progressif », 4^e et 5^e sens : « *qui suit une progression, un mouvement par degrés* », et (linguistique) « *qui exprime une progression, une évolution graduelle et constante* ».

²¹³⁴ Cf. *supra*, « L'invocabilité, notion plurielle », p. 349.

incompatibilités. Cette invocabilité correspond à un degré de justiciabilité minimale, et peut être admise à la seule condition que la règle juridique invoquée en tant que norme de référence soit d'une valeur juridique supérieure ou égale à la règle avec laquelle est demandée la conciliation ou dont elle entend guider l'interprétation. Par conséquent, le degré d'applicabilité de la norme invoquée n'a d'incidence que sur le caractère plus ou moins large de la liberté juridictionnelle dans les opérations de conciliation et d'interprétation. Plus l'énoncé invoqué sera pourvu d'une densité normative importante, plus cette marge sera réduite, et plus la conciliation sera difficile. Par ailleurs, l'invocabilité d'exclusion, préventive ou curative, s'inscrit dans le cadre du respect du principe de légalité et vise à exclure un acte juridique incompatible avec la norme invoquée. Les normes non directement applicables peuvent être dotées d'un potentiel d'invocabilité d'exclusion contrasté, relativement proportionnel à leur force obligatoire. L'invocabilité d'exclusion est théoriquement toujours admissible quand elle consiste à se prévaloir des obligations négatives et des limites de la liberté d'action des pouvoirs publics, « noyau dur » de la force obligatoire de la norme. Le moyen soulevé peut également voir son admission étendue aux comportements estimés comme manifestement et totalement incompatibles avec les obligations positives posées par l'énoncé invoqué. Cette position est suivie par le Conseil constitutionnel, mais pas par le juge administratif.

En revanche, les invocabilités de réparation et de substitution traduisent un niveau de justiciabilité des plus élevés et constituent des mécanismes dont seules les normes dotées d'un degré d'applicabilité très élevé peuvent bénéficier. L'admission de l'invocabilité de réparation, entendue au sens strict comme faculté pour un justiciable de se prévaloir d'une norme en vue de la reconnaissance d'un droit subjectif à réparation d'un préjudice, est conditionnée par la capacité de la norme à fonder, à créer, à consacrer un tel droit dans le patrimoine juridique du requérant²¹³⁵. Par leur faible degré de normativité, par leur nature même, les normes non directement applicables sont inaptes à produire cet effet. Aussi, le juge administratif ne reconnaît-il pas l'invocabilité de réparation de l'alinéa 12 du Préambule de la

²¹³⁵ Telle est la conception du droit à réparation retenue par la Cour de Luxembourg, cf. *supra*, « L'invocabilité de réparation », p. 391 et suivantes.

Constitution de 1946²¹³⁶, qui constitue un cas très particulier dans la mesure où l'objet même de l'énoncé porte précisément sur le mécanisme de la responsabilité. La Cour de justice de l'Union européenne distingue le principe de l'engagement de la responsabilité de l'État, fondé sur la primauté du droit de l'Union européenne, de l'exercice du droit à réparation qui est conditionné par la capacité de la règle invoquée à créer des droits dans le chef des particuliers dont le contenu doit pouvoir être identifié au moyen de ses propres dispositions²¹³⁷. Quant à l'invocabilité de substitution, elle vise à faire produire deux effets successifs à la norme invoquée : un effet d'exclusion et un effet de substitution. La réalisation de la seconde phase du mécanisme implique que la norme invoquée remplace la norme ou l'absence de norme contestée. Partant, elle doit présenter certaines qualités de nature à lui permettre de régir la situation juridique, cadre du litige, ce qui ne peut être le cas d'une norme non directement applicable, par définition.

b. L'échelle des cas d'invocabilité des normes non directement applicables en droit public français

Les développements précédents se sont concentrés sur les techniques d'invocabilité des normes non directement applicables et ont permis d'identifier diverses tendances. En fonction de nombreux facteurs – tels que la nature de l'acte juridique ou la juridiction devant laquelle le moyen est présenté – les normes non directement applicables peuvent faire l'objet d'invocabilités directes, indirectes, combinatoires et spécifiques. Ces éléments peuvent constituer un fondement propice à une systématisation du potentiel d'invocabilité des normes non directement applicables de *lege lata*. Cependant, ils ne permettent pas de traduire le caractère progressif de la notion de manière appropriée, en ce que l'échelle en résultant

²¹³⁶ CE 10 décembre 1962, *Société indochinoise des constructions électriques et mécaniques*, précité ; CE 29 novembre 1968, *Sieur Tallagrand*, précité ; CE 22 janvier 1997, *Société hôtelière de l'Anse heureuse*, précité.

²¹³⁷ CJCE 19 novembre 1991, *Andrea Francovich et Danila Bonifaci et autres c. République italienne*, aff. jointes C-6/90 et C-9/90, Rec., I, p. 5357. CJCE 5 mars 1996, *Brasserie du Pêcheur SA contre Bundesrepublik Deutschland et The Queen contre Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd et autres*, aff. jointes C-46/93 et C-48/93, Rec., I, p. 1029, points 20 à 22, p. 1142-1143. Voir également les conclusions de l'avocat général Giuseppe TESAURO, p. 1066, spé. points 24 à 34, p. 1082 à 1088.

déploierait ses échelons sur un fondement quantitatif, en termes de nombres de cas dans lesquels une même norme peut être invoquée. De plus, la systématisation occulterait largement les facteurs procéduraux et le but de la demande, pourtant essentiels dans l'identification précise du degré de justiciabilité de chaque norme. Par conséquent, le raisonnement adopté résulte d'une prise en compte de l'ensemble des développements précédents, et aboutit à une échelle d'invocabilité des normes non directement applicables de *lege feranda*, correspondant à la réalisation pratique de la notion d'invocabilité progressive précédemment proposée, sur une base qualitative. Le schéma conceptuel se décompose en trois catégories correspondant chacune à un contexte juridique, à un but de l'invocabilité et à l'expression d'un degré de justiciabilité différents.

Le premier échelon correspond à l'hypothèse où la règle est invoquée en vue d'être utilisée comme norme de référence par le juge pour un contrôle de compatibilité simple. Ce contrôle se traduit par une comparaison de deux règles juridiques (ou d'une norme à l'absence d'une autre, dont l'édition est obligatoire) dans le cadre d'un contentieux visant à garantir le respect de la hiérarchie des normes. Il a été précédemment établi que l'intensité, le caractère plus ou moins approfondi de ce contrôle est fonction de la teneur de l'obligation dont la violation est alléguée, ou de l'existence d'une norme de mise en œuvre. Le contrôle de constitutionnalité prévu par l'article 61 de la Constitution, le recours pour excès de pouvoir, le référé-suspension et la responsabilité objective de l'État pour illégalité constituent les cadres procéduraux les plus favorables à l'invocabilité des normes non directement applicables. Le contrôle juridictionnel de compatibilité, déclenché par l'invocabilité d'interprétation ou d'exclusion d'une norme, constitue le contexte objectif dans lequel le potentiel d'invocabilité des normes non directement applicables est le plus fort. Plus encore, il correspond aux actions dans lesquelles la force contraignante des normes non directement applicables est maximale, en ce que l'opérance du moyen conduit à plusieurs types de sanctions, dont certaines sont particulièrement fortes : la conciliation par une interprétation imposée, la suspension de l'acte attaqué en cas de doute sérieux sur sa légalité, l'annulation partielle ou totale des dispositions contraires à la hiérarchie des normes, l'engagement de la

responsabilité pécuniaire de l'État. Il est également important de remarquer que les normes non directement applicables peuvent être invoquées seules et directement en vue de l'interprétation ou de l'exclusion de l'acte contesté. Eu égard à l'importance du facteur hiérarchique, les normes dont la valeur juridique est la plus élevée disposent en principe d'un potentiel d'invocabilité quantitativement plus important. Il en va de même pour les actes juridiques associés à une obligation de production normative spécifique, sanctionnée par une forme de recours en carence.

Le deuxième échelon se compose des contentieux, spécifiques, relatifs aux droits et libertés. Concrètement, sont concernés la question prioritaire de constitutionnalité prévue par l'article 61-1 de la Constitution ainsi que le référé-liberté figurant à l'article L. 521-2 du Code de justice administrative. L'intégration du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* dans cette catégorie peut surprendre, en ce que cette procédure possède un caractère objectif et vise à contrôler la conformité d'un acte de valeur législative au bloc de constitutionnalité. Elle n'en est pas moins justifiée en ce que ce contrôle n'existe que dans le cadre de la protection des droits et libertés : seule est recevable l'action visant à démontrer qu'« *une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution* »²¹³⁸. En toute logique, et conformément aux particularismes de la procédure de l'article 61-1, le Conseil constitutionnel exclut les moyens relatifs à la seule violation des dispositions de valeur constitutionnelle qui n'ont pas le caractère de droits ou libertés²¹³⁹. En revanche, il admet l'invocabilité de telles règles par combinaison avec d'autres normes consacrant un droit ou une liberté. Quant au référé-liberté, la procédure est axée sur la notion de « *sauvegarde d'une liberté fondamentale* ». Théoriquement, il est tout à fait envisageable que le juge du référé-liberté développe un raisonnement comparable à celui du Conseil constitutionnel statuant sur une question prioritaire de constitutionnalité, et élargisse sa conception des normes invocables devant lui. Les

²¹³⁸ Loi organique n°2009-1523 du 10 décembre 2009, relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, J.O.R.F. n° 287 du 11 décembre 2009, p. 21379, texte n°1.

²¹³⁹ Comme en témoignent les décisions relatives à l'invocabilité de l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi ou à l'incompétence négative : CC n°2010-5 QPC, 18 juin 2010, *S.N.C. Kimberly Clark*, précitée ; CC n°2010-4/17 QPC, 22 juillet 2010, *M. Alain C. et autre*, précitée ; CC n°2010-28 QPC, 17 septembre 2010, *Association Sportive Football Club de Metz*, précitée.

contentieux relatifs aux droits et libertés sont donc les cadres d'exercice d'une invocabilité des normes non directement applicables moins importante que la précédente, dans la mesure où le moyen doit nécessairement être construit sur une combinaison normative, voire sur une conception sélective et spécifique de l'énoncé, en vue de correspondre aux particularismes de ces procédures. Le moyen soulevé peut s'articuler autour de l'invocabilité d'interprétation, mais vise principalement l'exclusion de l'acte juridique ou du comportement qui porte atteinte aux droits et libertés garantis par ces procédures.

Le troisième et dernier échelon se développe autour des contentieux dédiés à la revendication d'un avantage individuel et subjectif, correspondant au degré de justiciabilité le plus élevé. Il concerne principalement l'hypothèse de l'invocation de la norme en tant que fondement d'une action en responsabilité en droit public français ou de l'exercice d'un droit à réparation en droit de l'Union européenne. Il s'agit donc d'une invocabilité de réparation, incompatible avec la structure juridique caractéristique des normes non directement applicables. Il reste à préciser que, si la contestation des actes non réglementaires est considérée comme constituant en réalité la revendication d'un avantage individuel, l'invocabilité est assimilée à une invocabilité de substitution. En tout état de cause, les normes non directement applicables sont insusceptibles de servir de fondements à de tels mécanismes, et sont, par conséquent, injusticiables en tant que telles dans ce contexte.

Conclusion du Titre second

En conclusion, l'analyse des solutions jurisprudentielles relatives à l'invocabilité des normes non directement applicables actuellement en vigueur fait apparaître l'inadaptation des paradigmes théoriques relatifs à la notion d'applicabilité. Le juge se trouve ainsi tiraillé entre l'existence de conceptions datées et superficielles, pourtant largement admises, et des impératifs pratiques complexes en constante évolution. Le juge administratif a trouvé une forme d'équilibre en développant une jurisprudence qui respecte formellement les notions traditionnelles d'applicabilité et d'invocabilité, mais qui permet de contourner certains obstacles par le recours à des techniques de substitution. Une fois la norme admise au sein du débat contentieux, son contrôle s'aligne sur celui des autres juridictions. L'acception classique des concepts garde ainsi une pertinence artificielle, malgré l'indéniable « *effet d'entraînement* »²¹⁴⁰ des jurisprudences du Conseil constitutionnel et de la Cour de justice de l'Union européenne. Cette démarche indirecte inspirait jusqu'à une période très récente le régime contentieux des directives européennes.

De ce constat procède l'utilité de revoir les solutions de la jurisprudence administrative qui peuvent sembler parfois manichéennes et s'avèrent souvent bien trop réductrices. Une approche graduelle de l'applicabilité à laquelle correspond une invocabilité progressive présente l'avantage de concilier les contraintes relatives à la répartition des compétences et au principe de séparation des pouvoirs, avec les exigences de garantie de la légalité et des droits des administrés.

²¹⁴⁰ Selon l'expression d'Olivier DE SCHUTTER, *Fonction de juger et droits fondamentaux, transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américain et européens*, Bruxelles, Bruylant, Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, 1999, spé. p. 132 à 136.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

En définitive, l'étude de l'invocabilité des normes non directement applicables révèle de nombreux dysfonctionnements. D'une part, la détermination de l'invocabilité s'opère selon trois démarches différentes en fonction de la juridiction concernée. La Cour de Luxembourg, dans un raisonnement guidé par le principe de primauté et par la nécessité de réalisation concrète et effective des règles du droit de l'Union européenne sur l'ensemble du territoire, considère l'applicabilité et l'invocabilité de manière autonome. Plus encore, elle dissocie minutieusement les divers aspects du contenu de chaque norme, cherchant à leur faire produire un effet maximal. Le Conseil constitutionnel emploie deux méthodes dissemblables, correspondant chacune à une procédure de contrôle de conformité des lois à la Constitution. Dans le cadre du contrôle *a priori* de l'article 61, toutes les règles de valeur constitutionnelle sont invocables mais donnent lieu à un contrôle réduit quand elles revêtent le caractère de normes non directement applicables. En revanche, la question prioritaire de constitutionnalité de l'article 61-1 prescrit des conditions plus restreintes par la notion de « *droits et libertés garantis par la Constitution* ». Le juge administratif identifie l'invocabilité par déduction mécanique et systématique du caractère directement applicable de la norme. Or, ce dernier est non seulement déterminé au moyen de critères peu opératoires, mais encore selon une méthode discutable, par la référence essentielle à l'énoncé et à la volonté de l'auteur.

D'autre part, l'invocabilité est en réalité une notion particulièrement complexe, dépendante d'une multitude de facteurs variés et interdépendants. Or, les seules réelles études théoriques approfondies relatives à ce sujet ont été menées et développées dans les contextes du droit international public ou du droit de l'Union européenne. Elles sont par conséquent largement influencées par les problématiques liées à la confrontation des systèmes, hors de propos pour les normes d'origine interne. L'alliance des insuffisances théoriques, des hésitations pratiques et de la

complexité de la notion a têt fait de rendre le concept opaque, au point de nécessiter la reconstruction d'ensemble.

CONCLUSION GÉNÉRALE

Le bilan de la présente analyse mène à s'interroger à nouveau sur la notion de norme non directement applicable. Il ressort de l'ensemble du propos que, sous le vocable de « normes non directement applicables », deux catégories de situations se mêlent alors qu'elles sont fondamentalement différentes. En premier lieu, les actes juridiques associés à une forte obligation de production normative placent les autorités compétentes en situation de compétence liée. Le caractère non directement applicable des normes qu'ils contiennent est conçu comme nécessairement transitoire ou « accidentel », comme en témoignent leurs régimes juridique et contentieux. La carence des autorités normatives est susceptible de procédures ordinaires aux modalités spécifiques : recours en manquement, recours pour excès de pouvoir formé contre le refus d'édicter un acte réglementaire d'application, engagement de la responsabilité pour faute. Ainsi, les directives européennes, les lois et actes de valeur législative ou assimilés aux lois et les acte réglementaires sont porteurs de normes à l'applicabilité directe en nécessaire réalisation dans les meilleurs délais. En second lieu, les règles de valeur constitutionnelles et les stipulations internationales non directement applicables du fait de leurs caractéristiques spécifiques imposent l'intervention intermédiaire d'un pouvoir normatif discrétionnaire, cette qualification étant appréciée de manière étendue par le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État. Plus encore, comme en témoignent par exemple les travaux préparatoires relatifs à la Charte de l'environnement²¹⁴¹, la faible densité normative des énoncés résulte d'une volonté délibérée de leur conférer des caractères généraliste et programmatique appelant certaines opérations de mise en œuvre. L'objectif avoué d'une telle

²¹⁴¹ KOSCIUSKO-MORIZET N., Rapport d'information n° 1595 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 (n° 992) relatif à la Charte de l'environnement, déposé à l'Assemblée nationale le 12 mai 2004, disponible sur le site internet de l'Assemblée nationale : <http://www.assemblee-nationale.fr/12/rapports/r1595.asp>. Sur l'articulation entre la Charte et les autorités publiques, voir notamment p. 33-34.

démarche est de préserver la qualité discrétionnaire ou souveraine des autorités politiques étatiques.

Par ailleurs, il est intéressant de constater que le phénomène selon lequel une règle formellement juridique est matériellement injusticiable et considérée comme une déclaration politique est ancien, en ce qu'il trouve des illustrations dans la proclamation des déclarations de droit ou dans le statut du droit international antérieur au XX^e siècle. Cependant, les dernières décennies du XX^e siècle sont marquées par une accélération fulgurante et sans précédent de la pénétration du droit dans la société civile, menant à des évolutions d'une importance considérable. L'application de la loi est passée d'une faculté, à une obligation de nature politique, puis à une véritable obligation juridique assortie de sanctions juridictionnelles. À l'origine considéré comme une déclaration d'intention politique, le Préambule constitutionnel fait aujourd'hui partie intégrante du droit positif, obligatoire et sanctionné. L'exceptionnel développement du droit international, suivi de près par la naissance du droit de l'Union européenne ont profondément modifié le paysage juridique français, jusque dans ses aspects les plus fondamentaux. Les récentes évolutions de la jurisprudence administrative relative aux directives européennes sont autant de manifestation de la progression de la justiciabilité nationale des règles d'origine internationale, à l'exception près (et relativement isolée) des stipulations conventionnelles non directement applicables.

Aussi est-il raisonnable de considérer que le droit des normes non directement applicables est encore en transition. Si l'évolution est encore en cours, la période est manifestement charnière et décisive au regard de la très récente accélération des mutations d'ampleur du régime des normes non directement applicables, tant sur le plan juridique que sur les aspect contentieux, dont le droit au logement opposable, les récents revirements de jurisprudence opérés par les arrêts *Mme Perreux* et *G.I.S.T.I. et F.A.P.I.L.* ainsi que la création de la question prioritaire de constitutionnalité figurent parmi les illustrations les plus éclatantes. L'évolution va inexorablement dans le sens d'un accroissement de la justiciabilité et du niveau d'exigence en matière de garanties des droits. La pluralité des juridictions mène indubitablement à un effort soutenu d'harmonisation des jurisprudences, comme en

658

témoigne l'exemple des décisions « européennes » du Conseil d'État²¹⁴². L'instauration de la question prioritaire de constitutionnalité aura tôt fait de produire des effets similaires.

Enfin, ces dernières observations rejoignent le constat selon lequel les normes non directement applicables se situent aux confluent des mutations et des exigences de l'État de droit moderne et sont révélatrices des tendances de l'État post-moderne²¹⁴³, en soulevant les problématiques liées à la confrontation des systèmes, ou aux limites à la discrétionnarité de l'exercice des compétences normatives. Elles se placent ainsi au centre des ruptures : rupture idéologique, de dépassement du cadre libéral de l'État minimal contre lequel les droits fondamentaux ont une fonction défensive, et rupture des modes de contrôle juridictionnel adaptés aux obligations positives pesant sur les pouvoirs publics. L'expérience prouve que, quelle que soit leur origine, leur intégration dans l'ordre juridique a pour effet d'affecter de manière importante les équilibres constitutionnels fondamentaux entre le pouvoir législatif, le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire. « *Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution* ».

²¹⁴² Voir notamment DE BÉCHILLON D. et TERNEYRE P., *Le Conseil d'État et la Cour de justice des communautés européennes. Nouvelle donne*, Pouvoirs, n° 123, 2007, *Le Conseil d'État*, p. 105.

²¹⁴³ CHEVALLIER J., *L'État post-moderne*, Paris, L.G.D.J., Collection Droit et société, 3^e éd., 2008.

BIBLIOGRAPHIE

Généralités

Textes

Constitution française du 4 octobre 1958, notamment disponible sur le site du Conseil constitutionnel : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/la-constitution-du-4-octobre-1958/la-constitution-du-4-octobre-1958.5071.html>.

Loi n° 2000-196 du 6 mars 2000 instituant un Défenseur des enfants, J.O.R.F. n° 56 du 7 mars 2000, p. 3536, texte n° 1.

Ordonnance n° 2004-1248 du 24 novembre 2004 relative à la partie législative du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, J.O.R.F. n° 274 du 25 novembre 2004, p. 19924, texte n° 12.

Loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration, J.O.R.F. n° 170 du 25 juillet 2006, p. 11047, texte n° 1.

Loi n° 2007-290 du 5 mars 2007 instituant le droit au logement opposable et portant diverses mesures en faveur de la cohésion sociale, J.O.R.F. n° 55 du 6 mars 2007, p. 4190, texte n° 4.

Loi n° 2007-293 du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance, J.O.R.F. n° 55 du 6 mars 2007, p. 4215, texte n° 7.

Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V^e République, J.O.R.F. n° 171 du 24 juillet 2008, p. 11890, texte n° 2.

Loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, J.O.R.F. n° 75 du 30 mars 2011, p. 5497, texte n° 1.

Loi organique n° 2011-334 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, J.O.R.F. n° 75 du 30 mars 2011, p. 5504, texte n° 2.

Documents officiels

CONSEIL D'ÉTAT, Rapport public annuel 1991, *De la sécurité juridique*, E.D.C.E., n° 43, Paris, La Documentation française, 1992.

CONSEIL D'ÉTAT, Rapport public annuel 2006, *Sécurité juridique et complexité du droit*, E.D.C.E., n° 57, Paris, La Documentation française, 2007.

CONSEIL D'ÉTAT, Rapport public annuel 2009, *Droit au logement, droit du logement*, E.D.C.E., n° 60, Paris, La Documentation française, 2009.

COSTA J.-P., discours prononcé à Bruxelles le 22 janvier 2009 lors du Colloque « Droit et solidarité » organisé à l'occasion de la rentrée solennelle du barreau de Bruxelles, *Exposé sur la Cour européenne des droits de l'homme et la protection des droits sociaux*, disponible sur le site internet de la Cour européenne des Droits de l'Homme, rubrique « Le Président », sous-rubrique « Discours » : <http://www.echr.coe.int/ECHR/FR/Header/The+Court/The+President/Presidents+speeches/discoursduPresident2009.htm>.

DÉFENSEUR DES ENFANTS, Rapport au Comité des droits de l'enfant des Nations Unies de décembre 2008, téléchargeable sur le site internet du Défenseur des enfants (toujours en ligne), rubrique « L'institution », sous-rubrique « Rapports d'activité » : <http://www.defenseurdesenfants.fr/rapports.php>.

HAUT COMITÉ POUR LE LOGEMENT DES PERSONNES DÉFAVORISÉES, *Vers un droit au logement opposable*, 8^e rapport du Haut Comité, octobre 2002, http://www.hclpd.gouv.fr/article.php3?id_article=24.

HAUT COMITÉ POUR LE LOGEMENT DES PERSONNES DÉFAVORISÉES, *Droit au logement : construire la responsabilité*, 9^e rapport du Haut Comité, novembre 2003, http://www.hclpd.gouv.fr/article.php3?id_article=25.

HAUT COMITÉ POUR LE LOGEMENT DES PERSONNES DÉFAVORISÉES, *Rapport au Premier ministre sur l'expérimentation locale du droit au logement opposable*, octobre 2006, http://www.hclpd.gouv.fr/article.php3?id_article=28.

PRUD'HOMME N., *Accès au logement, droits et réalités*, Rapport présenté au nom de la Section du Cadre de vie du Conseil économique et social, séance des 13 et 14 janvier 2004, Paris, Les éditions des journaux officiels, Avis et rapports du Conseil économique et social, 2004.

Ouvrages généraux, manuels, traités, dictionnaires et lexiques

ALLAND D. et RIALS S. (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, P.U.F., 2003.

ARNAUD A.-J. (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, L.G.D.J., 2^e éd., 1993.

BRAIBANT G. et STIRN B., *Le droit administratif français*, Paris, Presses de Sciences Po et Dalloz, 7^e édition, 2005.

CHAPUS R., *Droit administratif général*, tome 1, Paris, Montchrestien, 15^e éd., 2001.

CORNU G., Association H. CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, Paris, P.U.F., Quadrige, 9^e éd., 2011.

Dictionnaire de l'Académie française, 9^e éd., en partie consultable sur le site internet de l'Académie française, rubrique « Le dictionnaire » : <http://www.academie-francaise.fr/le-dictionnaire/consultation-en-ligne>.

FAVOREU L. et *alii*, *Droit des libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, Précis, 5^e éd., 2009.

LONG M., WEIL P., BRAIBANT G., DELVOLVÉ P., GENEVOIS B., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, Dalloz, 18^e éd., 2011.

RIVERO J. et MOUTOUH H., *Les libertés publiques*, Paris, P.U.F., Collection Thémis droit public, tome 1, 9^e éd., 2003 et tome 2, 7^e éd., 2003.

WACHSMANN P., *Libertés publiques*, Dalloz, Collection Cours, 6^e éd., 2009.

Thèses, monographies, ouvrages spécifiques

AMSELEK P., *Perspectives critiques d'une réflexion épistémologique sur la théorie du droit : essai de phénoménologie juridique*, Paris, L.G.D.J., 1964.

CABRILLAC R., FRISON-ROCHE A.-M., REVET T., *Libertés et droits fondamentaux, notions et sources, l'être, le citoyen, le justiciable, l'acteur économique et social*, Paris, Dalloz, 16^e éd., 2010.

CHEVALLIER J., *L'État post-moderne*, Paris, L.G.D.J., Collection Droit et société, 3^e éd., 2008.

CHIFFLOT N., *Le droit administratif de Charles Eisenmann*, Paris, Dalloz, Collection Nouvelle bibliothèque des thèses, 2009.

COLLECTIF, *Les droits publics subjectifs des administrés*, Actes du 4^e colloque annuel de l'Association française de droit administratif, Pôle universitaire de gestion de l'Université de Bordeaux, 10 et 11 juin 2010, Paris, Litec, Colloques et débats, 2011.

COLLECTIF, ROMAN D. (dir.), travaux relatifs au projet de recherches *Droits des pauvres, pauvres droits ? Recherches sur la justiciabilité des droits sociaux*, Université de Paris Ouest Nanterre La Défense, disponibles sur le site internet dédié : <http://www.droits-sociaux.u-paris10.fr/index.php?id=37>.

DABIN J., *Le droit subjectif*, Paris, Dalloz, 1952.

DI QUAL L., *La compétence liée*, Paris, L.G.D.J., Bibliothèque de droit public, 1964.

FOULQUIER N., *Les droits publics subjectifs des administrés : émergence d'un concept en droit administratif français du XIX^e au XX^e siècle*, Paris, Dalloz, Nouvelle bibliothèque des thèses, volume 25, 2003.

GÉNY F., *Méthodes d'interprétation et sources du droit privé positif*, tome 1, Paris, L.G.D.J., 2^e éd., 1919.

GREWE C. et BENOÎT-ROHMER F. (dir.), *Les droits sociaux ou la démolition de quelques poncifs*, Strasbourg, P.U.S., 2003.

GROULIER C., *Norme permissive et droit public*, thèse, Limoge, 2006, disponible sur le site internet de l'Université de Limoge, Rubrique « Recherche » : www.unilim.fr/theses/2006/droit/2006limo0518/groulier_c.pdf.

KELSEN H., *Théorie générale des normes*, traduction française de l'*Allgemeine Theorie der Normen* par Olivier BEAUD et Fabrice MALKANI, Paris, P.U.F., Collection Léviathan, 1996.

KELSEN H., *Théorie pure du droit*, traduction française de la deuxième édition de la *Reine Rechtslehre* par Charles EISENMANN, Paris, Dalloz, 1962.

OST F. et VAN DE KERCHOVE M., *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, Facultés universitaires de Saint-Louis, 1987.

OST F. et VAN DE KERCHOVE M., *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires de Saint-Louis, 2002.

PÉRÈS-DOURDOU C., *La règle supplétive*, Paris, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, tome 421, 2004.

RIALS S., *Le juge administratif français et la technique du standard : essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, Paris, L.G.D.J., Bibliothèque de droit public, tome 135, 1980.

ROUBIER P., *Droits subjectifs et situations juridiques*, Paris, Sirey, 1963 ; réédition chez Dalloz, collection Bibliothèque Dalloz, 2005.

STORCK M., *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, Paris, L.G.D.J., 1982.

TEORAN M., *L'obligation pour l'administration d'assurer l'effectivité des normes juridiques*, Thèse, Université de Paris-Sud (XI), 2007.

Articles et contributions

AMSELEK P., *Réflexions critiques autour de la conception kelsénienne de l'ordre juridique*, R.D.P., 1978, p. 5.

AMSELEK P., *L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales*, R.D.P., 1982, p. 275.

- AMSELEK P.**, *Le rôle de la pratique dans la formation du droit. Aperçus à propos de l'exemple du droit public français*, R.D.P., 1983, p. 1471.
- AMSELEK P.**, *L'acte juridique à travers la pensée de Charles Eisenmann*, in AMSELEK P. (dir.), *La pensée de Charles Eisenmann*, Journées d'Études, Strasbourg, 27-28 septembre 1985, organisées par le Centre de droit public interne de Strasbourg et le Centre de philosophie du droit de Paris, Paris, Economica, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1986, p. 31.
- AMSELEK P.**, *Le rôle de la volonté dans l'édiction des normes juridiques selon Hans KELSEN*, R.R.J.-Droit prospectif, 1999-1, p. 37.
- AUBY J.-B.**, *Prescription juridique et production juridique*, R.D.P., 1988, p. 673.
- AUBY J.-B.**, *Le recours aux objectifs des textes dans leur application en droit public*, R.D.P., 1991, p. 327.
- BASTIT M.**, *Suggestions sur les origines philosophiques de l'acte juridique*, in *L'acte juridique*, Droits, 1988, n° 7, p. 11.
- BATIFFOL H.**, *Le déclin du droit*, A.P.D., 1963, *Le dépassement du droit*, tome 8, p. 43.
- BERGEL J.-L.**, *Avant-propos*, in *Les Standards dans les divers systèmes juridiques*, R.R.J.-Droit prospectif, 1988-4, p. 805.
- BETTINI R.**, « Efficacité », in ARNAUD A.-J. (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, L.G.D.J., 2^e éd., 1993, p. 219.
- BIENVENU J.-J.**, *Actes juridiques et classification*, in *L'acte juridique*, Droits, 1988, n° 7, p. 21.
- BLOUD-REY C.**, « Standard », in ALLAND D. et RIALS S. (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, P.U.F., 2003.
- BONNARD R.**, *La théorie de la formation du droit par degrés dans l'œuvre d'Adolf Merkl*, R.D.P., 1928, p. 668.
- BONNARD R.**, *Les droits publics subjectifs des administrés*, R.D.P., 1932, p. 695.
- BURDEAU G.**, *Le déclin de la loi*, A.P.D., 1963, *Le dépassement du droit*, tome 8, p. 35.
- CANIVET G.**, « Légitimité du juge », in CADIET L. (dir.), *Dictionnaire de la Justice*, Paris, P.U.F., 2004, p. 815.
- CAYLA O.**, *La théorie de la signification de l'acte dans la pensée normativiste*, in *L'acte juridique*, Droits, 1988, n° 7, p. 59.
- CHEVALLIER J.**, *Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique*, R.D.P., 1998, p. 659.

- CHEVALLIER J.**, *L'obligation en droit public*, A.P.D., 2000, *L'obligation*, tome 44, p. 179.
- CHEVALLIER J.**, *L'État post-moderne : retour sur une hypothèse*, Droits, 2004, n° 39, p. 107.
- CAILLOSSE J.**, *Une approche « tranquillisante » de la post-modernité ? L'économie du droit post-moderne selon Jacques Chevallier*, Droits, 2004, n° 39, p. 121.
- COHEN D.**, *Le droit à...*, in *L'avenir du droit*, Mélanges François TERRÉ, Paris, Dalloz-P.U.F.-Éditions du Jurisclasseur, 1999, p. 393.
- COMBACAU J.**, *Ouverture*, in *L'acte juridique*, Droits, 1988, n° 7, p. 3.
- COTTA S.**, *Droit subjectif*, A.P.D., 1990, *Vocabulaire fondamental du droit*, tome 35, p. 81.
- DORD O.**, *Le Défenseur des droits ou la garantie rationalisée des droits et libertés*, A.J.D.A., 2011, p. 958.
- DRAGO R.**, *La notion d'obligation : droit public et droit privé*, A.P.D., 2000, *L'obligation*, tome 44, p. 43.
- DUGUIT L.**, *Théorie générale de l'acte juridique*, R.D.P., 1919, p. 313.
- DUPUY P.-M.**, *L'obligation en droit international*, A.P.D., 2000, *L'obligation*, tome 44, p. 217.
- EISENMANN C.**, *Le droit administratif et le principe de légalité*, E.D.C.E., 1957, p. 25.
- EISENMANN C.**, *Juridiction et logique (selon les données du droit français)*, in Mélanges Gabriel MARTY, Toulouse, publiés par l'Université des Sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 477.
- FRISON-ROCHE M.-A.**, *Volonté et obligation*, A.P.D., 2000, *L'obligation*, tome 44, p. 129.
- GAËFFLY R.**, *Aspects administratifs de la loi n° 2007-290 du 5 mars 2007 « instituant un droit au logement opposable et portant diverses mesures en faveur de la cohésion sociale »*, D.A., juillet 2007, Ét. n° 12, p. 13.
- GAUDEMET J.**, *Naissance d'une notion juridique. Les débuts de l'« obligation » dans le droit de la Rome antique*, A.P.D., 2000, *L'obligation*, tome 44, p. 19.
- GRZEGORCZYK C.**, *L'acte juridique dans la perspective de la philosophie du droit*, in *L'acte juridique*, Droits, 1988, n° 7, p. 47.
- HABIB L.**, *L'impur objet de la science du droit*, in *Définir le droit (2)*, Droits, 1990, n° 11, p. 93.

- JACQUÉ J.-P.**, *L'acte juridique : réflexions d'un internationaliste*, in *L'acte juridique, Droits*, 1988, n° 7, p. 95.
- JESTAZ P.**, *La sanction ou l'inconnue du droit*, *D.*, 1986, Chron. 197.
- JEULAND E.**, « Syllogisme judiciaire », in **CADIET L.** (dir.), *Dictionnaire de la Justice*, Paris, P.U.F., 2004, spé. p. 1269.
- LAQUIÈZE A.**, « Sanction », in **D. ALLAND** et **S. RIALS** (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, P.U.F., 2003, p. 1381.
- LASCOUMES P. et SERVERIN E.**, *Théories et pratiques de l'effectivité du Droit, Droit et société*, 1986, p. 101.
- LASCOUMES P.**, « Effectivité », in **ARNAUD A.-J.** (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, L.G.D.J., 2^e éd., 1993, p. 217.
- LYON-CAEN G.**, *L'obligation implicite*, *A.P.D.*, 2000, *L'obligation*, tome 44, p. 109.
- MAISANI P. et WIENER F.**, *Réflexions autour de la conception post-moderne du droit, Droit et Société*, 1994, n° 27, p. 443.
- MARGUÉNAUD J.-P. et MOULY J.**, *Le Comité européen des droits sociaux, un laboratoire d'idées sociales méconnu*, *R.D.P.*, 2011, p. 685.
- MAULIN E.**, « Positivismes », in **D. ALLAND** et **S. RIALS** (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, P.U.F., 2003, p. 1171.
- MICHAUT F.**, *Vers une conception postmoderne du droit. La notion de droit chez Ronald Dworkin*, in *Définir le droit (2)*, *Droits*, 1990, n° 11, p. 107.
- MOREAU J.**, *À la recherche de l'acte complexe : l'exemple du droit public français*, in *L'acte juridique, Droits*, 1988, n° 7, p. 75.
- OPPETIT B.**, *L'hypothèse du déclin du droit*, in *Crises dans le droit, Droits*, 1986, n° 4, p. 9.
- ORIANNE P.**, *Mythe ou réalité des droits économiques, sociaux et culturels*, in *Présence du droit public et des droits de l'homme, Mélanges Jacques VELU*, Bruxelles, Bruylant, 1992, tome 3, p. 1871.
- PELLET A.**, *Le bon droit de l'ivraie – Plaidoyer pour l'ivraie (Remarques sur quelques problèmes de méthode en droit international du développement)*, in *Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes : méthodes d'analyse du droit international, Mélanges Charles CHAUMONT*, Paris, Pedone, 1984, p. 465.
- PFERSMANN O.**, « Hiérarchie des normes », in **D. ALLAND** et **S. RIALS** (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, P.U.F., 2003, p. 779.
- POIROT-MAZÈRE I.**, *Les décisions d'espèce*, *R.D.P.*, 1992, p. 443.

- RANGEON F.**, *Réflexions sur l'effectivité du droit*, in Centre Universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie (C.U.R.A.P.P.), *Les Usages sociaux du Droit*, Paris, P.U.F., 1989, p. 26.
- RIALS S.**, *Ouverture : Quelles crises ? Quel droit ?*, in *Crises dans le droit*, Droits, 1986, n° 4, p. 3.
- RIVERO J.**, *Sanction juridictionnelle et règle de droit*, in *Études juridiques offertes à Léon JULLIOT DE LA MORANDIÈRE*, Paris, Dalloz, 1964, p. 457.
- RIVERO J.**, *Sur l'effet dissuasif de la sanction juridique*, in *Mélanges Pierre RAYNAUD*, Paris, Dalloz-Sirey, 1985, p. 675.
- RUDDEN B. et JUILHARD P.**, *La théorie de la violation efficace*, R.I.D.C., 1986, p. 1015.
- SACCO R.**, *À la recherche de l'origine de l'obligation*, A.P.D., 2000, *L'obligation*, tome 44, p. 33.
- SÈVE R.**, *L'obligation et la philosophie du droit moderne*, A.P.D., 2000, *L'obligation*, tome 44, p. 87.
- SÈVE R. et TERRÉ F.**, *Droit*, A.P.D., 1990, *Vocabulaire fondamental du droit*, tome 35, p. 43.
- TERRÉ F.**, *Présentation*, A.P.D., 2000, *L'obligation*, tome 44, p. 9.
- TIMSIT G.**, *Sur l'engendrement du droit*, R.D.P., 1988, p. 39.
- TROPER M.**, *La pyramide est toujours debout ! Réponse à Paul AMSELEK*, R.D.P., 1978, p. 1523.
- TROPER M.**, *Hans Kelsen et la jurisprudence*, A.P.D., 1985, *La jurisprudence*, tome 30, p. 83.
- TRUJILLO A. J. et TRUJILLO PÉREZ I.**, *La polémique relative à la juridicité des droits sociaux*, in FERRAND J. et PETIT H. (dir.), *L'Odyssée des droits de l'Homme*, tome 1, *Fondations et naissances des droits de l'Homme*, Actes du colloque international de Grenoble, octobre 2001, Paris, L'Harmattan, 2003.
- VENNESSON P.**, *L'État « post-moderne », la mondialisation et la guerre*, Droits, 2004, n° 39, p. 139.
- VERPEAUX M.**, *Il est né le Défenseur des droits, à propos des lois du 29 mars 2011*, J.C.P., G., 2011, *Doctrine*, 502.
- VIANDIER A.**, *La crise de la technique législative*, in *Crises dans le droit*, Droits, 1986, n° 4, p. 75.
- WACHSMANN P.**, *Le kelsénisme est-il en crise ?*, in *Crises dans le droit*, Droits, 1986, n° 4, p. 53.

WACHSMANN P., *La volonté de l'interprète*, in *La volonté*, Droits, 1998, n° 28, p. 29.

YOKARIS A., *L'utilisation des standards dans les traités et les textes plurilingues*, in, *Les Standards dans les divers systèmes juridiques*, R.R.J.-Droit prospectif, 1988-4, p. 929.

Notion de norme et notion d'applicabilité

Thèses, monographies, ouvrages spécifiques

CARBONNIER J., *Flexible droit*, Paris, L.G.D.J., 5^e éd., 1983.

COLLECTIF, AMSELEK P. et GRZEGORCZYK C. (dir.), *Controverses autour de l'ontologie du droit*, Paris, P.U.F., Collection Questions, 1989.

DE BÉCHILLON D., *Qu'est-ce que la règle de droit ?*, Paris, Odile Jacob, 1997.

DELMAS-MARTY M., *Le flou du droit...*, Paris, P.U.F., 1986.

Articles et contributions

AMSELEK P., *Norme et loi*, A.P.D., 1980, *La loi*, tome 25, p. 9.

AMSELEK P., *Le droit, technique de direction publique des conduites humaines*, in *Définir le droit (1)*, Droits, 1989, n° 10, p. 7.

AMSELEK P., *L'étrangeté ontologique du droit*, in *Définir le droit (2)*, Droits, 1990, n° 11, p. 85.

AMSELEK P., *La teneur indéçise du droit*, R.D.P., 1991, p. 1199.

ARNAUD A.-J., *Essai d'une définition stipulative du droit*, in *Définir le droit (1)*, Droits, 1989, n° 10, p. 11.

BOUINEAU J., *Du Verbe de Dieu à la langue des hommes*, in *Définir le droit (1)*, Droits, 1989, n° 10, p. 15.

CARBONNIER J., *Il y a plus d'une définition dans la maison du droit*, in *Définir le droit (2)*, Droits, 1990, n° 11, p. 5.

CHAUMONT C., *Rapport introductif, À la recherche du fondement du caractère obligatoire du droit international*, in *Réalités du droit international contemporain (force obligatoire et sujets de droit)*, Actes des seconde et troisième rencontres de Reims, Centre d'études des relations internationales de la Faculté de droit de Reims, Reims, A.R.E.R.S., 1974, p. 1.

- CHEVALLIER J., *Droit, ordre, institution, in Définir le droit (1)*, Droits, 1989, n° 10, p. 19.
- COMBACAU J., *Une manière d'être des choses, in Définir le droit (2)*, Droits, 1990, n° 11, p. 11.
- COMMAILLE J., *La sociologie et les sens du droit, in Définir le droit (1)*, Droits, 1989, n° 10, p. 23.
- CORNU G., *Le visible et l'invisible, in Définir le droit (1)*, Droits, 1989, n° 10, p. 27.
- COTTA S., *De l'expérience du droit à sa définition, in Définir le droit (2)*, Droits, 1990, n° 11, p. 15.
- D'ORS A., *Le droit ? – Tout ce qu'approuvent les juges, in Définir le droit (1)*, Droits, 1989, n° 10, p. 51.
- DRAÏ R., *Mémoire du droit, in Définir le droit (2)*, Droits, 1990, n° 11, p. 17.
- DUMON F., *La notion de "disposition directement applicable" en droit européen, C.D.E., 1968, p. 369.*
- EDELMAN B., « *Ma* » *définition du droit, in Définir le droit (2)*, Droits, 1990, n° 11, p. 21.
- GOYARD-FABRE S., *Le droit, tâche infinie, in Définir le droit (2)*, Droits, 1990, n° 11, p. 25.
- GRZEGORCZYK C., *Le droit comme interprétation officielle de la réalité, in Définir le droit (2)*, Droits, 1990, n° 11, p. 31.
- HERVADA J., *Le droit dans le réalisme juridique classique, in Définir le droit (1)*, Droits, 1989, n° 10, p. 31.
- HÖFFE O., *La justice qui définit le droit, in Définir le droit (1)*, Droits, 1989, n° 10, p. 35.
- JEAMMAUD A., *La règle de droit comme modèle, D., 1990, Chron. p. 199.*
- JOURNÈS C., *Une histoire de droit, in Définir le droit (1)*, Droits, 1989, n° 10, p. 39.
- KALINOWSKI G., *Trois notions de droit, in Définir le droit (1)*, Droits, 1989, n° 10, p. 43.
- LEBEN C., *Droit : quelque chose qui n'est pas étranger à la justice, in Définir le droit (2)*, Droits, 1990, n° 11, p. 35.
- MIAILLE M., *Définir le droit, in Définir le droit (2)*, Droits, 1990, n° 11, p. 41.
- MILLARD E., *Qu'est-ce qu'une norme juridique ?, in La normativité, C.C.C., 2006, n° 21, p. 59.*

- NIORT J.-F.**, *La naissance du concept de droit social en France: une problématique de la liberté et de la solidarité*, R.R.J.-Droit prospectif, 1994, p. 773.
- OPALEK K.**, *Les normes, les énoncés sur les normes et les propositions déontiques*, A.P.D., 1979, *L'interprétation dans le droit*, tome 17, p. 355.
- OPPÉTIT B.**, *Le droit hors de la loi*, in *Définir le droit (1)*, Droits, 1989, n° 10, p. 47.
- OST F. et VAN DE KERCHOVE M.**, *Juris-dictio et définition du droit*, in *Définir le droit (1)*, Droits, 1989, n° 10, p. 53.
- PATTARO E.**, *Définir le droit*, in *Définir le droit (2)*, Droits, 1990, n° 11, p. 47.
- PECES-BARBA MARTINEZ G.**, *Une définition normative du droit*, in *Définir le droit (2)*, Droits, 1990, n° 11, p. 51.
- PERENIC A.**, *Concilier les dimensions essentielle et existentielle du droit*, in *Définir le droit (1)*, Droits, 1989, n° 10, p. 59.
- PERRIN J.-F.**, *Définir le droit... selon une pluralité de perspectives*, in *Définir le droit (1)*, Droits, 1989, n° 10, p. 63.
- PETEV V.**, *Une conception socio-axiologique du droit*, in *Définir le droit (1)*, Droits, 1989, n° 10, p. 69.
- PFERSMANN O.**, « Norme », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, P.U.F., 2003, p. 1079.
- REGOURD S.**, *La part du droit*, in *Définir le droit (2)*, Droits, 1990, n° 11, p. 55.
- RENAUT A.**, *L'idée contemporaine du droit*, in *Définir le droit (1)*, Droits, 1989, n° 10, p. 73.
- RIALS S.**, *Ouverture*, in *Définir le droit (1)*, Droits, 1989, n° 10, p. 5.
- RIALS S.**, *Ouverture*, in *Définir le droit (2)*, Droits, 1990, n° 11, p. 3.
- ROMAN D.**, *Les droits sociaux, entre « injusticiabilité » et « conditionnalité » : éléments pour une comparaison*, R.I.D.C., 2009, p. 285.
- ROULAND N.**, *Penser le droit*, in *Définir le droit (1)*, Droits, 1989, n° 10, p. 77.
- SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF H. A.**, *Quelques réflexions sur la nature du droit*, in *Définir le droit (1)*, Droits, 1989, n° 10, p. 81.
- SCHMITT C.**, *Le droit comme unité d'ordre (Ordnung) et de localisation (Ortung)*, in *Définir le droit (2)*, Droits, 1990, n° 11, p. 77.
- SÉRIAUX A.**, *Jalons pour la récupération d'une conception métaphysique du droit*, in *Définir le droit (1)*, Droits, 1989, n° 10, p. 85.

- SÈVE R.**, *La juste diversité des définitions du droit*, in *Définir le droit (1)*, Droits, 1989, n° 10, p. 89.
- SUR S.**, *Actes, normes, droit : dix mille signes*, in *Définir le droit (2)*, Droits, 1990, n° 11, p. 59.
- TERRÉ F.**, *Une pyramide*, in *Définir le droit (2)*, Droits, 1990, n° 11, p. 63.
- TERRÉ F.**, *Pitié pour les juristes !*, R.T.D.Civ., 2002, p. 247.
- THIBIERGE C.**, *Le droit souple : réflexion sur les textures du droit*, R.T.D. Civ., 2003, p. 599.
- TIMSIT G.**, *Sept propositions (plus une) pour une définition systémale du droit*, in *Définir le droit (1)*, Droits, 1989, n° 10, p. 93.
- TRIGEAUD J.-M.**, *L'indivisibilité du droit de la personne*, in *Définir le droit (1)*, Droits, 1989, n° 10, p. 97.
- TROPER M.**, *Fondement du caractère obligatoire et problème de causalité en droit international*, in *Réalités du droit international contemporain (force obligatoire et sujets de droit)*, Actes des seconde et troisième rencontres de Reims, Centre d'études des relations internationales de la Faculté de droit de Reims, Reims, A.R.E.R.S., 1974, p. 41.
- TROPER M.**, *Pour une définition stipulative du droit*, in *Définir le droit (1)*, Droits, 1989, n° 10, p. 101.
- VEDEL G.**, *Indéfinissable mais présent*, in *Définir le droit (2)*, Droits, 1990, n° 11, p. 67.
- VERDIER R.**, *Le droit au singulier et au pluriel : juridicité et cultures juridiques*, in *Définir le droit (2)*, Droits, 1990, n° 11, p. 73.
- VERHOEVEN J.**, *La notion d'« applicabilité directe » du droit international*, R.B.D.I., 1980, p. 243.
- VISSER'T HOOFT H. P.**, *Pour une mise en valeur non positiviste de la positivité du droit*, in *Définir le droit (1)*, Droits, 1989, n° 10, p. 105.
- WEINBERGER O.**, *Droit et connaissance du droit au regard du positivisme juridique institutionnaliste*, in *Définir le droit (1)*, Droits, 1989, n° 10, p. 109.
- WILLKE H.**, *Le droit comme codage de la puissance publique légitime*, in *Définir le droit (1)*, Droits, 1989, n° 10, p. 113.
- WRÓBLEWSKI J.**, *Problèmes méthodologiques pour définir le droit*, in *Définir le droit (1)*, Droits, 1989, n° 10, p. 117.

Normes de valeur constitutionnelle et contentieux constitutionnel

Textes

Loi constitutionnelle n°2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V^e République, J.O.R.F. n°171 du 24 juillet 2008, p. 11890, texte n°2.

Loi organique n°2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, J.O.R.F. n°287 du 11 décembre 2009, p. 21379, texte n°1.

Documents officiels

COMITÉ DE RÉFLEXION ET DE PROPOSITION SUR LA MODERNISATION ET LE RÉÉQUILIBRAGE DES INSTITUTIONS DE LA V^E RÉPUBLIQUE, présidé par Édouard BALLADUR, *Une V^e République plus démocratique*, Rapport, Paris, La Documentation française, Fayard, 2007.

COMITÉ DE RÉFLEXION SUR LE PRÉAMBULE DE LA CONSTITUTION, présidé par Simone VEIL, *Redécouvrir le Préambule de la Constitution*, Rapport au Président de la République, Paris, La documentation française, Collection des Rapports officiels, 2008.

DEFLESSELLES B., *La Charte de l'environnement : une valeur commune européenne*, Rapport d'information n°1372, déposé par la Délégation pour l'Union européenne, sur la Charte de l'environnement et le droit européen, enregistré le 21 janvier 2004, D.I.A.N. 07/2004, disponible sur le site internet de l'Assemblée nationale : <http://www.assemblee-nationale.fr/12/europe/rap-info/i1372.asp>.

GÉLARD P., Rapport n°352 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, annexé au procès-verbal de la séance du 16 juin 2004, disponible sur le site internet du Sénat : <http://www.senat.fr/rap/103-352/103-352.html>.

KOSCIUSKO-MORIZET N., Rapport n°1595 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 (n°992) relatif à la Charte de l'environnement, déposé à l'Assemblée nationale le 12 mai 2004, disponible sur le site internet de l'Assemblée nationale : <http://www.assemblee-nationale.fr/12/rapports/r1595.asp>.

Ouvrages généraux, manuels, traités, dictionnaires et lexiques

CONSTANTINESCO V. et PIERRÉ-CAPS S., *Droit constitutionnel*, Paris, P.U.F., Collection Thémis droit, 2^e éd., 2006.

FAVOREU L., GAÏA P., GHEVONTIAN R., MÉLIN-SOUCRAMANIEN F., PHILIP L., ROUX A., *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 16^e éd., 2011.

GOESEL-LE BIHAN V., *Contentieux constitutionnel*, Paris, Ellipses, Collection Cours magistral, 2010.

MATHIEU B. et VERPEAUX M., *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, Paris, L.G.D.J., 2002.

Thèses, monographies, ouvrages spécifiques

BLANQUER J.-M., *Les méthodes du juge constitutionnel*, Thèse, Paris II, 1993.

DE MONTALIVET P., *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, Paris, Dalloz, Collection « Bibliothèque parlementaire et constitutionnelle », 2006.

DESAULNAY O., *L'application de la Constitution par la Cour de cassation*, Paris, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2009.

DRAGO G., *L'exécution des décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1991.

GAY L., *Les « droits-créances » constitutionnels*, Bruxelles, Bruylant, Collection de droit public comparé et européen, 2007.

GENEVOIS B., *La jurisprudence du Conseil constitutionnel, Principes directeurs*, Paris, éditions S.T.H., 1988.

MORANGE J., *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Paris, P.U.F., Collection « Que sais-je ? », n° 2408, 4^e éd., 2002.

RIALS S., *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Paris, Hachette, Collection Pluriel, 1988.

TEBOUL G. (dir.), CONAC G., DEBENE M., *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : histoire, analyse et commentaires*, Paris, Economica, 1993.

VIALA A., *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, L.G.D.J., Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, tome 92, 1999.

VIDAL-NAQUET A., *Les « garanties légales des exigences constitutionnelles » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, L.G.D.J., éditions Panthéon Assas, 2007.

Articles et contributions

ARRIGHI DE CASANOVA J., *L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel vue du Conseil d'État*, N.C.C.C., 2011, n° 30, p. 23.

BOULET M., *La problématique de l'application des réserves d'interprétation du Conseil constitutionnel*, *La Tribune du Droit public : revue semestrielle de droit public général*, 2005, n° 17, p. 5.

BOUSQUET F.-C., *La responsabilité de l'État du fait des dispositions constitutionnelles*, R.D.P., 2007, p. 937.

BROYER-CAPELLE C., *L'« effet cliquet » à l'épreuve de la question prioritaire de constitutionnalité*, A.J.D.A., 2011, p. 1718.

CARPENTIER E., *Le principe constitutionnel de précaution, les antennes-relais et le juge administratif*, *Constitutions*, 2010, p. 611.

CHAHID-NOURAÏ N., *La portée de la Charte pour le juge ordinaire*, A.J.D.A., 2005, p. 1175.

CHAMPEIL-DESPLAT V., *N'est pas normatif qui peut. L'exigence de normativité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, in *La normativité*, C.C.C., 2006, n° 21, p. 63.

CLAPIÉ M., *Le Conseil d'État et le Préambule de la Constitution de 1946*, Journée d'étude du C.E.R.C.O.P. du 12 avril 1996, Université de Montpellier I - Faculté de Droit, R.A., 1997, p. 278.

COHENDET M.-A., *La charte et le Conseil constitutionnel : point de vue*, R.J.E., 2005, numéro spécial, p. 107.

DE MONTALIVET P., *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, C.C.C., 2005, n° 20, p. 169.

DODET-CAUPHY I., *La difficile reconnaissance du droit d'asile constitutionnel – Commentaire de la loi du 11 mai 1998 relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile*, R.F.D.A., 1999, p. 469.

FAURE B., *Les objectifs de valeur constitutionnelle : une nouvelle catégorie juridique ?*, R.F.D.C., 1995, p. 47.

- GALLETTI F.**, *Existe-t-il une obligation de bien légiférer ? Propos sur « l'incompétence négative du législateur » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, R.F.D.C., 2004, p. 387.
- GARRIGOU-LAGRANGE J.-M.**, *L'obligation de légiférer, in Droits et politique à la croisée des cultures*, Mélanges Philippe ARDANT, Paris, L.G.D.J., 1999, p. 305.
- GENEVOIS B.**, *Normes de valeur constitutionnelle et degré de protection des droits fondamentaux*, R.F.D.A., 1990, p. 317.
- GOESEL-LE BIHAN V.**, *Le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : figures récentes*, R.F.D.C., 2007, p. 269.
- HENNETTE-VAUCHEZ S.**, *Redécouvrir le préambule de la Constitution, ou l'éthique minimale appliquée à l'expertise constitutionnelle*, R.F.D.A., 2009, p. 397.
- HUTEN N. et COHENDET M.-A.**, *La Charte de l'environnement deux ans après : chronique d'une anesthésie du Palais-Royal (Première partie)*, R.J.E., 2007, p. 277.
- HUTEN N. et COHENDET M.-A.**, *La Charte de l'environnement deux ans après : le Conseil d'État hésite, les autres juridictions tranchent (Seconde partie)*, R.J.E., 2007, p. 425.
- JEGOUZO Y. et LOLOUM F.**, *La portée juridique de la Charte de l'environnement*, D.A., mars 2004, p. 5.
- LABAYLE H.**, *Le droit d'asile en France, normalisation ou neutralisation ?*, R.F.D.A., 1997, p. 242.
- LAVROFF D. G.**, *Le Conseil constitutionnel et la norme constitutionnelle, in Mélanges en l'honneur de G. PEISER*, P.U.G., 1995, p. 359.
- LECUCQ O.**, *Existe-t-il un droit fondamental au séjour des étrangers ?*, in *Renouveau du droit constitutionnel*, Mélanges Louis FAVOREU, Paris, Dalloz, 2004, p. 1637.
- LUCHAIRE F.**, *La sûreté : droit de l'homme ou sabre de M. Prudhomme*, R.D.P., 1989, p. 609.
- LUCHAIRE F.**, *Droit d'asile et révision de la Constitution*, R.D.P., 1994, p. 5.
- LUCHAIRE F.**, *Brèves remarques sur une création du Conseil constitutionnel : l'objectif de valeur constitutionnelle*, R.F.D.C., 2005, n° 64, p. 681.
- MOREAU J.**, *Le droit à la santé*, A.J.D.A., 1998, p. 185.
- PACTET P.**, *Libres réflexions sur les interprétations « constituantes » du juge constitutionnel français*, C.C.C., 2005, n° 19, p. 133.
- POULIQUEN P.**, *L'équilibre entre les textes de 1789 et 1946*, L.P.A., n° 21, 17 février 1995, p. 5.

- RIBES D.**, *Existe-t-il un droit à la norme ? Contrôle de constitutionnalité et omission législative*, R.B.D.C., n° 3/1999, p. 237.
- ROBLOT-TROIZIER A.**, *Réflexion sur la constitutionnalité par renvoi*, C.C.C., 2007, n° 22, p. 198.
- RRAPI P.**, « *L'incompétence négative* » dans la Q.P.C. : de la double négation à la double incompréhension, N.C.C.C., 2012, n° 34, p. 163.
- SAINT-JAMES V.**, *Le droit à la santé dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, R.D.P., 1997, p. 455.
- TROPER M.**, *Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle*, in *Recueil d'études en hommage à Charles EISENMANN*, Paris, Cujas, 1975, p. 133.
- TROPER M.**, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen en 1789*, in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, Actes du colloque des 25 et 26 mai 1989 au Conseil constitutionnel, Paris, P.U.F., Recherches politiques, 1989, p. 13.
- VEDEL G.**, *La place de la Déclaration de 1789 dans le « bloc de constitutionnalité »*, in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, Actes du colloque des 25 et 26 mai 1989 au Conseil constitutionnel, Paris, P.U.F., Recherches politiques, 1989, p. 35.

Notes, chroniques et conclusions sur la jurisprudence

- ABRAHAM R.**, conclusions sur CE 17 mai 1991, *Quintin*, R.D.P., 1991, p. 1429.
- ABRAHAM R.**, conclusions sur CE Ass. 13 décembre 1991, *N'kodia et Préfet de l'Hérault c. Dakoury* (2 espèces), R.F.D.A., 1992, p. 90.
- ABRAHAM R.**, conclusions sur CE Sect. 7 octobre 1994, *Ministre de l'intérieur c. Melle Ponnudurai*, A.J.D.A., 1995, p. 49.
- AGUILA Y.**, conclusions sur CE 20 avril 2005, *Société Bouygues*, A.J.D.A., 2005, p. 1191.
- AGUILA Y.**, conclusions sur CE Ass. 3 octobre 2008, *Commune d'Annecy*, R.F.D.A., 2008, p. 1147.
- AUBIN E.**, *Refus de soins et urgence médicale après la loi du 4 mars 2002*, note sous CE, ord. réf., 16 août 2002, *Feuillatey*, D.A., novembre 2002, Comm. n° 188, p. 29.
- BERNAUD V. et GAY L.**, note sous CE Ass. 3 octobre 2008, *Commune d'Annecy*, D., 2009, Panorama Constitution et pouvoirs publics, p. 1852.

- BILLET P.**, *Les droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement ont valeur constitutionnelle*, note sous CE Ass. 3 octobre 2008, *Commune d'Annecy*, J.C.P., A., 2008, 2279.
- BOYER A.**, *Dialogue des juges et promotion de la Charte de l'environnement*, note sous CE Ass. 3 octobre 2008, *Commune d'Annecy*, R.J.E., 2009, p. 435.
- BRAUD X.**, *Quand la montagne accouche d'une souris...*, note sous CE Ass. 3 octobre 2008, *Commune d'Annecy*, R.J.E., 2009, p. 108.
- CARPENTIER E.**, *Le juge administratif et la Charte constitutionnelle de l'environnement*, note sous CE Ass. 3 octobre 2008, *Commune d'Annecy*, R.D.P., 2009, p. 450.
- CHÉROT J.-Y.**, *Le principe de participation des travailleurs en droit constitutionnel*, *Gaz. Pal.*, 1994, Doctrine, p. 837.
- CHAVAUX D.**, note sous CE 20 avril 2005, *Société Bouygues*, R.J.E.P. (C.J.E.G.), 2005, n° 622, p. 297.
- CLÉMENT C.**, *La santé et le référé administratif « liberté fondamentale »*, note sous CE, ord. réf., 8 septembre 2005, *Garde des Sceaux, ministre de la Justice c. Bunel*, L.P.A., n° 228, 16 novembre 2005, p. 6.
- DE SALINS C.**, conclusions sur CE Ass. 8 avril 2009, *Hollande et Mathus*, R.F.D.A., 2009, p. 351.
- DEUMIER P.**, *QPC : la question fondamentale du pouvoir d'interprétation (à propos du filtrage)*, note sous CE 16 avril 2010, *Association Alcaly et autres*, R.T.D.Civ., 2010, p. 504.
- DURANTHON A.**, *Le droit à l'hébergement d'urgence constitue une liberté fondamentale*, note sous CE, ord. réf., 10 février 2012, *Karamoko Fofana*, n° 356456, A.J.D.A., 2012, p. 716.
- FÉVRIER J.-M.**, note sous CE, ord. réf., 11 mai 2007, *Association interdépartementale et intercommunale protection lac Sainte-Croix, son environnement, lacs, sites et villages du Verdon*, *Environnement*, juin 2007, Comm. n° 127, p. 28.
- FOUCHER K.**, *Le droit à l'environnement est-il utilement invocable dans le cadre du référé-liberté ?*, note sous CE, ord. réf., 11 mai 2007, *Association interdépartementale et intercommunale protection lac Sainte-Croix, son environnement, lacs, sites et villages du Verdon*, A.J.D.A., 2007, p. 2262.
- GAÏA P.**, note sous CC n° 91-294 DC, 25 juillet 1991, *Loi autorisant l'approbation de la convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes*, R.F.D.C., 1991, p. 703.

- GAÏA P.**, note sous CC n° 92-307 DC, 25 février 1992, *Loi portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*, R.F.D.C., 1992, p. 311.
- GAZIER F.**, conclusions sur CE Ass. 7 juillet 1950, *Dehaene*, R.D.P., 1950, p. 691.
- GEFFRAY E. et LIÉBER S.-J.**, *Valeur et portée juridique de la Charte de l'environnement*, note sous CE Ass. 3 octobre 2008, *Commune d'Annecy*, in *Chronique générale de jurisprudence administrative française*, A.J.D.A., 2008, p. 2166.
- GENEVOIS B.**, *L'entrée des étrangers en France : le rappel des exigences constitutionnelles*, note sous CC n° 92-307 DC, 25 février 1992, *Loi portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*, R.F.D.A., 1992, p. 185.
- GROUD H. et PUGEAULT S.**, note sous TA Châlons-en-Champagne, ord. réf., 29 avril 2005, *Conseroatoire patrimoine Champagne Ardenne*, A.J.D.A., 2005, p. 1357.
- GUYOMAR M.**, conclusions sur CE 19 juin 2006, *Association eau et rivières de Bretagne*, B.J.C.L., 7/06, p. 475.
- GUYOMAR M.**, conclusions sur CE 8 juillet 2009, *Commune de Saint-Dié des Vosges et autres*, Gaz. Pal., n° 211, 30 juillet 2009, p. 2.
- HAMON L.**, *La notion d'atteinte à la souveraineté nationale dans les lois relatives à l'accès de ressortissants CEE à certains emplois de la fonction publique française et aux contrôles frontaliers (accord de Schengen)*, note sous CC n° 91-294 DC, 25 juillet 1991, *Loi autorisant l'approbation de la convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes*, D., 1991, p. 617.
- HOSTIOU R.**, *Le rapporteur public, la Section du contentieux et l'autoroute alsacienne*, note sous CE 17 mars 2010, *Association Alsace nature et autres*, R.J.E., 2010, p. 493.
- HOSTIOU R.**, *Question prioritaire de constitutionnalité et contentieux de la déclaration d'utilité publique*, note sous CE 16 avril 2010, *Association Alcaly et autres*, R.D.I., 2010, p. 370.
- IACONO G. et P. JANIN P.**, *Décision Alsace nature : un arrêt presque ordinaire*, note sous CE 17 mars 2010, *Association Alsace nature et autres*, Dr. env., 2010, p. 296.
- JANICOT L.**, *La valeur constitutionnelle de la Charte de l'environnement*, note sous CE Ass. 3 octobre 2008, *Commune d'Annecy*, R.F.D.A., 2008, p. 1158.
- JULIEN-LAFERRIÈRE F.**, *Un étranger faisant l'objet d'un arrêté de reconduite à la frontière qui demande, antérieurement à cet arrêté, à bénéficier du statut de réfugié*

doit être autorisé à séjourner en France jusqu'à ce qu'il ait été statué sur sa demande, note sous CE Ass. 13 décembre 1991, *N'kodia* et CE Ass. 13 décembre 1991, *Préfet de l'Hérault c. Dakoury, D.*, 1992, *Jurispr.*, p. 447.

JULIEN-LAFERRIÈRE F., note sous CE 3 avril 1996, *Traoré, D.*, 1997, *Somm.*, p. 42.

KAHN J., conclusions sur CE Sect. 12 février 1960, *Société Eky, S.*, 1960, p. 131.

LACHAUD Y., *Le droit au refus de soin après la loi du 4 mars 2002 : premières décisions de la juridiction administrative*, note sous CE, ord. réf., 16 août 2002, *Feuillatey, Gaz. Pal.*, n^{os} 349-351, 15-17 décembre 2002, p. 19.

LANDAIS C. et F. LENICA F., *Premières précisions sur la portée juridique de la Charte de l'environnement*, note sous CE 19 juin 2006, *Association eau et rivières de Bretagne* (première espèce) et CE 6 avril 2006, *Ligue pour la protection des oiseaux, Association Convention vie et nature pour une écologie radicale, Association France nature environnement, Ligue pour la préservation de la faune sauvage et la défense des non-chasseurs, et Association pour la protection des animaux sauvages* (deuxième espèce), in *Chronique générale de jurisprudence administrative française*, *A.J.D.A.*, 2006, p. 1584.

LATOURNERIE R., conclusions sur CE Sect. 6 novembre 1936, *Sieur Arrighi, R.D.P.*, 1936, p. 671.

LAUDIJOIS M., *Le droit à la santé n'est pas une liberté fondamentale*, note sous CE, ord. réf., 8 septembre 2005, *Garde des Sceaux, ministre de la Justice c. Bunel*, n^o 284803, *A.J.D.A.*, 2006, p. 376.

LE BOT O., *Q.P.C. : Le dualisme fonctionnel du Conseil d'État validé... par le Conseil d'État*, note sous CE 16 avril 2010, *Association Alcaly et autres, L.P.A.*, n^o149, 28 juillet 2010, p. 11.

LECUCQ O., *L'interpellation en préfecture des étrangers en situation irrégulière*, note sous CE, ord. réf., 7 février 2007, *Ligue des droits de l'homme et autres, A.J.D.A.*, 2007, p. 814.

LENICA F., conclusions sur CE 11 juin 2010, *Syndicat SUD R.A.T.P.*, *A.J.D.A.*, 2010, p. 1719.

LIÉBER S.-J. et BOTTEGHI D., *Quand le Président de la République parle, ça compte*, note sous CE Ass. 8 avril 2009, *Hollande et Mathus*, in *Chronique générale de jurisprudence administrative française*, *A.J.D.A.*, 2009, p. 1096.

LUCHAIRE F., *Le Conseil constitutionnel et la souveraineté nationale*, note sous CC n^o91-294 DC, 25 juillet 1991, *Loi autorisant l'approbation de la convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes*, *R.D.P.*, 1991, p. 1499.

- LUCHAIRE F.**, *Les lois organiques devant le Conseil constitutionnel*, R.D.P., 1992, p. 389.
- LUCHAIRE F.**, *Le droit d'asile et la révision de la Constitution*, R.D.P., 1994, p. 5.
- MATHIEU B.**, note sous CC n° 96-383 DC, 6 décembre 1996, *Loi relative à l'information et à la consultation des salariés dans les entreprises et les groupes d'entreprises de dimension communautaire, ainsi qu'au développement de la négociation collective*, L.P.A., n° 88, 23 juillet 1997, chron. p. 26.
- MATHIEU B.**, *Incertitudes quant à la portée de certains principes inscrits dans la Charte constitutionnelle de l'environnement*, note sous CE Ass. 3 octobre 2008, *Commune d'Annecy*, J.C.P., G., II, 2009, 10028.
- MATHIEU B.**, *Point sur les premières décisions du Conseil d'État et de la Cour de cassation sur des questions prioritaires de constitutionnalité*, note sous CE 16 avril 2010, *Association Alcaly et autres*, *Constitutions*, p. 218.
- MATHIEU B. et VERPEAUX M.**, note sous CC n° 97-393 DC, 18 décembre 1997, *Loi de financement de la Sécurité sociale pour 1998*, L.P.A., n° 74, 22 juin 1998, chron. p. 9.
- MAUGÜÉ C. et SCHWARTZ R.**, *Droit au séjour temporaire des demandeurs d'asile*, note sous CE Ass. 13 décembre 1991, *N'kodia* et CE Ass. 13 décembre 1991, *Préfet de l'Hérault c. Dakoury*, in *Chronique générale de jurisprudence administrative française*, A.J.D.A., 1992, p. 114.
- MELLERAY F.**, *Un nouvel élan pour le contrôle de constitutionnalité des actes administratifs par le juge administratif*, note sous CE Ass. 3 octobre 2008, *Commune d'Annecy*, D.A., novembre 2008, Comm. n° 152, p. 44.
- MELIN F.**, note sous CE, ord. réf., 16 août 2002, *Feuillatey*, in *Chronique de droit médical*, L.P.A., n° 85, 29 avril 2003, p. 12.
- MISTRETTA P.**, *Transfusion sanguine : Jéhovah ne résiste pas à Hippocrate !*, note sous CE, ord. réf., 16 août 2002, *Feuillatey*, J.C.P., G., 2002, II, 10184.
- MORRI J. et SLAMA S.**, note sous CE, ord. réf., 12 janvier 2001, *Mme Hyacinthe*, A.J.D.A., 2001, p. 589.
- PÉCHILLON E.**, commentaire de CE 19 février 2010, *Molline et autres*, D., 2010, Panorama Prison-exécution des peines, p. 1376.
- PISSALOUX J.-L.**, *De la portée de la Charte de l'environnement*, note sous CE Ass. 3 octobre 2008, *Commune d'Annecy*, L.P.A., n° 241, 2 décembre 2008, p. 7.
- RIHAL H.**, *Le système des franchises médicales devant le Conseil d'État*, note sous CE 6 mai 2009, *Association FNATH, Association des accidents de la vie, Association nationale de défense des victimes de l'amiante*, A.J.D.A., 2010, p. 283.

- ROBLOT-TROIZIER A.**, *Invocabilité des articles de la Charte de l'environnement*, note sous CE 19 juin 2006, *Association eau et rivières de Bretagne*, in *Chronique de jurisprudence*, R.F.D.A., 2007, p. 598.
- ROBLOT-TROIZIER A.**, *L'invocabilité élargie de la Charte de l'environnement*, note sous CE Ass. 3 octobre 2008, *Commune d'Annecy*, in *Chronique de jurisprudence*, R.F.D.A., 2008, p. 1240.
- SCHOETTL J.-E.**, note sous CC n° 99-416 DC, 23 juillet 1999, *Loi portant création d'une couverture maladie universelle*, A.J.D.A., 1999, p. 700.
- SCHOETTL J.-E.**, *La nouvelle modification de la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication : dernier épisode en date d'un feuillet constitutionnel*, L.P.A., n° 151, 30 juillet 2000, p. 12.
- SCHOETTL J.-E.**, *Le nouveau régime de la communication en ligne devant le Conseil constitutionnel*, note sous CC n° 2004-496 DC, 10 juin 2004, *Loi sur la confiance dans l'économie numérique*, L.P.A., n° 122, 18 juin 2004, p. 10.
- SOLER-COUTEAUX P.**, *Le principe de précaution n'est pas applicable aux autorisations délivrées en application de la législation sur l'urbanisme*, note sous CE 20 avril 2005, *Société Bouygues*, R.D.I., 2005, p. 348.
- SOLER-COUTEAUX P.**, *Tout justiciable peut invoquer la Charte de l'environnement*, note sous CE Ass. 3 octobre 2008, *Commune d'Annecy*, R.D.I., 2008, p. 563.
- SLAMA S. et POULY C.**, *Des demandeurs d'asile sous tente en plein hiver : la protection de l'effectivité du droit d'asile par le juge administratif ne va toujours pas de soi*, note sous CE, ord. réf., 19 novembre 2010, *Ministre de l'intérieur c. Panokheel, D.*, 2010, p. 2918.
- TERNEYRE P.**, *Le Conseil d'État et la valeur juridique des droits sociaux proclamés par le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946*, in *Chronique de droit constitutionnel social*, R.F.D.C., 1991, p. 317.
- THIBAUD V.**, *Réflexions sur l'office du juge de la légalité*, note sous CE Ass. 3 octobre 2008, *Commune d'Annecy*, R.D.P., 2009, p. 481.
- TOUZEIL-DIVINA M.**, *La redistribution des cartes... judiciaires*, note sous CE 8 juillet 2009, *Commune de Saint-Dié des Vosges et autres, Confédération générale du travail et autres, Commune de Nogent-le-Rotrou et autres (3 espèces)*, A.J.D.A., 2010, p. 398.
- TRÉBULLE F.-G.**, *Quelle place pour le principe de précaution dans le contentieux des autorisations d'antennes relais ?*, note sous CE 20 avril 2005, *Société Bouygues*, R.D.I., 2005, p. 254.
- TRÉBULLE F.-G.**, note sous CE Ass. 3 octobre 2008, *Commune d'Annecy, D.*, 2009, *Panorama Environnement*, p. 2448.

- TRÉBULLE F.-G.**, note sous CE 17 mars 2010, *Association Alsace nature et autres*, et CE 19 juillet 2010, *Association du quartier « Les Hauts de Choiseul »*, D., 2010, Panorama Environnement, p. 2468.
- TRÉMEAU J.**, note sous CC n° 98-403 DC, 29 juillet 1998, *Loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions*, dite « *Taxe d'habitation* », R.F.D.C., 1998, p. 765.
- VEDEL G.**, note sous CE Sect. 12 février 1960, *Société Eky*, J.C.P., G., 1960, II, 11629 bis.
- VIDAL-NAQUET A.**, note sous CE 17 mars 2010, *Association Alsace nature et autres*, in *Observatoire de jurisprudence constitutionnelle*, Droit de l'environnement, N.C.C.C., 2010, n° 29, p. 261.
- VIDAL-NAQUET A.**, note sous CE 16 avril 2010, *Association Alcaly et autres*, in *Observatoire de jurisprudence constitutionnelle*, Droit de l'environnement, N.C.C.C., 2010, n° 29, p. 261.
- WACHSMANN P.**, note sous CC n° 86-217 DC, 18 septembre 1986, *Loi relative à la liberté de communication*, A.J.D.A., 1987, p. 102.
- WALINE M.**, note sous CE Ass. 7 juillet 1950, *Dehaene*, R.D.P., 1950, p. 691.
- WALINE M.**, note sous CE 7 juin 1957, *Condamine*, R.D.P., 1958, p. 58.
- WALINE M.**, note sous CE 29 novembre 1968, *Sieur Tallagrand*, R.D.P., 1969, p. 686.
- ZITOUNI F.**, note sous CE, ord. réf., 19 novembre 2010, *Ministre de l'intérieur c. Panokheel*, in *Logement social et droit au logement*, *Chronique de jurisprudence 2010*, A.J.D.I., 2011, p. 421, chron. F. ZITOUNI.

Droit de l'Union européenne et régime des directives

Textes

Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, J.O.U.E. n° C 83 du 30 mars 2010, téléchargeable sur le site officiel du droit de l'Union européenne : <http://eur-lex.europa.eu/fr/treaties/index.htm>.

Version consolidée du Traité sur l'Union européenne, J.O.U.E. n° C 83 du 30 mars 2010, téléchargeable sur le site officiel du droit de l'Union européenne : <http://eur-lex.europa.eu/fr/treaties/index.htm>.

Version consolidée du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, J.O.U.E. n° C 83 du 30 mars 2010, téléchargeable sur le site officiel du droit de l'Union européenne : <http://eur-lex.europa.eu/fr/treaties/index.htm>.

Directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008, relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, J.O.U.E. n° L. 348 du 24 décembre 2008, p. 98.

Documents officiels

COMMISSION EUROPÉENNE, Communication du 5 juin 2002, *Plan d'action « simplifier et améliorer l'environnement réglementaire »*, COM [2002] 278, non publié au Journal officiel.

CONSEIL D'ÉTAT, Rapport public annuel 1992, *Le droit communautaire*, E.D.C.E., n° 44, Paris, La Documentation française, 1993.

NALLET H., Rapport d'information n° 1189, déposé par la délégation de l'Assemblée nationale pour l'Union européenne, sur la mise en œuvre de l'article 88-4 de la Constitution et les modifications susceptibles de lui être apportées, *L'article 88-4 de la Constitution : un bilan pour une réforme*, D.I.A.N. 51/98, 12 novembre 1998.

PARLEMENT EUROPÉEN, CONSEIL ET COMMISSION, Accord interinstitutionnel « *Mieux légiférer* », J.O.U.E. n° C. 321 du 31 décembre 2003, p. 1.

Ouvrages généraux, manuels, traités, dictionnaires et lexiques

SIMON D., *Le système juridique communautaire*, Paris, P.U.F., Collection Droit fondamental, 3^e éd., 2001.

Thèses, monographies, ouvrages spécifiques

BERNARD E., *La spécificité du standard juridique en droit communautaire*, Bruxelles, Bruylant Collection Droit de l'Union européenne, 2010.

CONSTANTINESCO L.-J., *L'applicabilité directe dans le droit de la C.E.E.*, Bruxelles, Bruylant, Collection droit de l'Union européenne, Grands écrits, 2006 (réimpression de l'ouvrage publié à la L.G.D.J. à Paris en 1970).

PONGÉRARD H., *L'application des directives en droit interne : Aspects normatifs*, Thèse, Université de La Réunion, 2000.

PORTA J., *La réalisation du droit communautaire : Essai sur le gouvernement juridique de la diversité*, Paris, L.G.D.J., Collection des thèses, deux tomes, 2008.

SIMON D., *La directive européenne*, Paris, Dalloz, Connaissance du droit, 1997.

ZOLYNSKY C., *Méthode de transposition des directives communautaires : Étude à partir de l'exemple du droit d'auteur et des droits voisins*, Paris, Dalloz, Nouvelle bibliothèque des Thèses, 2007.

Articles et contributions

ALBERTON G., *Le régime de la responsabilité du fait des lois confronté au droit communautaire : de la contradiction à la conciliation ?*, R.F.D.A., 1997, p. 1017.

ALBERTON G., *Les autorités administratives françaises : obligations de faire et de ne pas faire*, R.F.D.A., 2002, p. 1.

AUBY J.-B., *Attention : directive non transposée*, D.A., mars 2001, Repères n° 3, p. 3.

BARAV A., *Responsabilité et irresponsabilité de l'État en cas de méconnaissance du droit communautaire*, in *Gouverner, administrer, juger*, Liber Amicorum Jean WALINE, p. 431.

CANIVET G., *Le droit communautaire et l'office du juge national*, Droit et Société, 1992, p. 143.

CASSIA P., *Le juge administratif, la primauté du droit de l'Union européenne et la Constitution*, R.F.D.A., 2005, p. 465.

CONSTANTINESCO V., *L'article 5 CEE, de la bonne foi à la loyauté communautaire*, in *Du droit international au droit de l'intégration*, Liber Amicorum Pierre PESCATORE, Baden-Baden, Nomos, 1987, p. 97.

COUSSIRAT-COUSTÈRE V., *Le juge administratif et le droit communautaire : difficultés anciennes et résistances nouvelles*, Pouvoirs, n° 46, 1988, *Droit administratif – Bilan critique*, p. 85.

DAL FARRA T., *L'invocabilité des directives communautaires devant le juge national de la légalité : étude comparée des conceptions de la Cour de justice des Communautés européennes et du Conseil d'État*, R.T.D.E., 1992, p. 631.

DE BÉCHILLON D., *L'applicabilité des directives communautaires selon la jurisprudence du Conseil d'État*, R.D.P., 1991, p. 759.

DE BÉCHILLON D. et TERNEYRE P., *Le Conseil d'État et la Cour de justice des communautés européennes. Nouvelle donne*, Pouvoirs, n° 123, 2007, *Le Conseil d'État*, p. 105.

DINTILHAC F., *Répertoire communautaire*, Encyclopédie Dalloz, Fascicule « *Rapprochement des législations* », août 2006.

DUBOUT E., *L'invocabilité d'éviction des directives dans les litiges horizontaux. Le « bateau ivre » a-t-il sombré ?*, R.T.D.E., 2010, p. 277.

- GALMOT Y. et BONICHOT J.-C.**, *La CJCE et la transposition des directives en droit national*, R.F.D.A., 1988, p. 1.
- GAUTIER M.**, *Où l'on reparle de l'effet direct des directives communautaires*, A.J.D.A., 2011, p. 297.
- GAUTIER Y.**, *L'État membre et l'exécution du droit communautaire*, in G. DUPRAT (dir.), *L'Union européenne, droit, politique, démocratie*, Paris, P.U.F., Collection Politique d'aujourd'hui, 1996, p. 39.
- KOUBI G.**, *Transposition et/ou transcription des directives communautaires en droit national ?*, R.R.J.-Droit prospectif, 1995, p. 617.
- KOVAR R.**, *Observations sur l'intensité normative des directives*, in *Liber Amicorum Pierre PESCATORE*, Baden-Baden, Nomos, 1987, p. 359.
- KOVAR R.**, *Le Conseil d'État et les directives, des progrès mais peut mieux faire*, D., 1992, Chron. p. 207.
- LE BAUT-FERRARÈSE B.**, *L'office du juge administratif des référés face à la règle européenne*, L.P.A., n° 40, 25 février 2004, p. 4.
- LEITAO A. R.**, *L'effet direct des directives : une mythification ?*, R.T.D.E., 1981, p. 425.
- LEVADE A.**, *La constitutionnalité des lois de transposition entre conformité et compatibilité. Esquisse d'un bilan de la jurisprudence « européenne » récente du Conseil constitutionnel*, in *Renouveau du droit constitutionnel*, Mélanges Louis FAVOREU, Paris, Dalloz, 2004, p. 1291.
- MANIN P.**, *L'invocabilité des directives : quelques interrogations*, R.T.D.E., 1990, p. 669.
- MANIN P.**, *De l'utilisation des directives par les personnes physiques ou morales*, A.J.D.A., 1994, p. 259.
- MATHIEU B.**, *Le contrôle des lois de transposition des directives communautaires par le Conseil constitutionnel ou les difficultés du cartésianisme*, in *Renouveau du droit constitutionnel*, Mélanges Louis FAVOREU, Paris, Dalloz, 2004, p. 1307.
- MATHIEU B.**, *Le Conseil constitutionnel conforte la construction européenne en s'appuyant sur les exigences constitutionnelles nationales*, D., 2004, chron. p. 1739.
- MOLINIER J.**, *Jurisclasseur Europe*, Fascicule 350, « *Exception d'illégalité* », août 2011.
- PESCATORE P.**, *L'effet des directives communautaires, essai de démythification*, D., 1980, chron. p. 171.
- REUTER P.**, *Le recours de la Cour de justice des Communautés européennes à des principes généraux du droit*, in *Problèmes de droit des gens*, Mélanges Henri ROLIN, Paris, Pedone, 1964, p. 263.

SIMON D., *Y a-t-il des principes généraux du droit communautaire ?*, in *L'Europe et le droit*, Droits, 1991, n° 14, p. 73.

SIMON D., *Une étape décisive dans la protection des droits des justiciables communautaires : la responsabilité des États membres en cas de non-transposition des directives*, Europe, décembre 1991, p. 1.

SIMON D., *Le Conseil d'État et les directives communautaires : du gallicanisme à l'orthodoxie ?*, R.T.D.E., 1992, p. 265.

SIMON D., *Le Conseil d'État, la directive, la loi, le droit : « ad augusta per angusta » ?*, Europe, avril 1992, p. 1.

SIMON D., *Droit communautaire et responsabilité de la puissance publique-Glislements progressifs ou révolution tranquille ?*, A.J.D.A., 1993, p. 235.

SIMON D., *La responsabilité de l'État saisie par le droit communautaire : la jurisprudence Brasserie du Pêcheur, Factortame, British Telecom, Hedley Lomas...*, A.J.D.A., 1996, p. 489.

SIMON D., *Jurisclasseur Europe, Fascicule 380, « Recours juridictionnels »*, 2002.

SIMON D., « Le droit communautaire », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, P.U.F., 2003, p. 448.

SIMON D., *L'invocabilité dans les litiges horizontaux : confirmation ou infléchissement*, Europe, mars 2010, Ét. n° 3, p. 4.

SIMON D. et RIGAUX A., *Les contraintes de la transcription en droit français des directives communautaires : le secteur de l'environnement*, R.J.E., 1991, p. 269.

Notes, chroniques et conclusions sur la jurisprudence

ALBER S., conclusions sur CJCE 14 septembre 2000, *Renato Collino et Luisella Chiappero c. Telecom Italia SpA*, C-343/98, Rec., I, p. 6661.

ALCARAZ H., *L'effet direct de la directive Retour*, note sous CE, avis, 21 mars 2011, *Jin et Thiero*, A.J.D.A., 2011, p. 1688.

AZOULAI L., note sous CE Ass. 30 octobre 2009, *Mme Perreux*, R.G.D.I.P., 2010, p. 232.

BARAV A., *Remarques à propos de l'arrêt du Conseil d'État de France dans l'affaire Ministre de l'Intérieur c. Cohn-Bendit*, note sous CE Ass. 22 décembre 1978, *Ministre de l'Intérieur c. Cohn-Bendit*, R.B.D.I., 1980, p. 126.

BARAV A., note sous CJCE 19 novembre 1991, *Andrea Francovich et Danila Bonifaci et autres c. République italienne*, aff. jointes C-6/90 et C-9/90, J.C.P., G., II, 1992, 21783.

- BOULOUIS J.**, *L'applicabilité directe des directives. À propos d'un arrêt Cohn-Bendit du Conseil d'État*, note sous CE Ass. 22 décembre 1978, *Ministre de l'Intérieur c. Cohn-Bendit*, Rev. Marché commun, 1979, n° 225, p. 104.
- BURGORGUE-LARSEN L.**, *Quand la CJUE prend au sérieux la Charte des droits fondamentaux, le droit de l'Union est déclaré invalide*, note sous CJUE 1^{er} mars 2011, *Association belge des consommateurs test-achats ASBL*, C-236/09, A.J.D.A., 2011, p. 967.
- CANEDO-PARIS M.**, *La responsabilité de l'État du fait des lois inconventionnelles*, note sous CE Ass. 8 février 2007, *Gardedieu*, L.P.A., n° 157, 7 août 2007, p. 13.
- CANEDO-PARIS M.**, *Le double apport de l'arrêt Mme Perreux : irrecevabilité des directives, charge de la preuve*, note sous CE Ass. 30 octobre 2009, *Mme Perreux*, R.F.D.A., 2010, p. 126.
- CARCASSONNE G.**, *Très courte réaction en forme de rictus*, note sous les arrêts CE Sect. 3 décembre 1999, *Association ornithologique et mammalogique de Saône-et-Loire et Rassemblement des opposants à la chasse (1^{ère} espèce) et Association ornithologique et mammalogique de Saône-et-Loire et Association France Nature environnement (2^e espèce)*, R.F.D.A., 2000, p. 678.
- CASSIA P.**, note sous CE Ass. 6 février 1998, *M. Tête et Association de sauvegarde de l'Ouest lyonnais*, J.C.P., G., II, 10109.
- CASSIA P.**, note sous CE Ass. 30 octobre 2009, *Mme Perreux*, R.F.D.A., 2009, p. 1146.
- CHAVAUX D. et GIRARDOT T.-X.**, note sous CE Ass. 30 octobre 1996, *S.A. Cabinet Revert et Badelon, et Ministre du Budget c. S.A. Jacques Dangeville*, in *Chronique générale de jurisprudence administrative française*, A.J.D.A., 1996, p. 980.
- CHAVAUX D. et STAHL J.-H.**, note sous CE Sect. 23 juin 1995, *S.A. Lilly France*, in *Chronique générale de jurisprudence administrative française*, A.J.D.A., 1995, p. 496.
- DE BÉCHILLON D.**, *Courte réaction en forme de grimace*, note sous les arrêts CE Sect. 3 décembre 1999, *Association ornithologique et mammalogique de Saône-et-Loire et Rassemblement des opposants à la chasse (1^{ère} espèce) et Association ornithologique et mammalogique de Saône-et-Loire et Association France Nature environnement (2^e espèce)*, R.F.D.A., 2000, p. 676.
- DEREPAS L.**, conclusions sur CE Ass. 8 février 2007, *Gardedieu*, R.F.D.A., 2007, p. 361.
- DONNAT F. et CASAS D.**, *Les contrats de mandat et la mise en concurrence*, note sous CE Ass. 5 mars 2003, *Union nationale des services publics industriels et commerciaux et autres*, A.J.D.A., 2003, p. 722.

DREYFUS J.-D., *Le glas n'a pas encore sonné pour le nouveau code des marchés publics*, note sous CE Ass. 5 mars 2003, *Union nationale des services publics industriels et commerciaux et autres*, D., 2003, *Jurispr.*, p. 851.

DUBOUIS L., note sous CE Ass. 22 décembre 1978, *Ministre de l'Intérieur c. Cohn-Bendit*, R.T.D.E., 1979, p. 169.

DUBOUIS L., *Directive communautaire et loi française : primauté de la directive et respect de l'interprétation que la Cour de justice a donné de ses dispositions*, note sous CE Ass. 28 février 1992, *Société Arizona Tobacco Products et S.A. Philip Morris France* et CE Ass. 28 février 1992, *S.A. Rothmans International France et S.A. Philip Morris France*, R.F.D.A., 1992, p. 425.

DUBOUIS L., *La responsabilité de l'État législateur pour les dommages causés aux particuliers par la violation du droit communautaire et son incidence sur la responsabilité de la Communauté*, note sous les arrêts CJCE 5 mars 1996, *Brasserie du Pêcheur S.A. c. Bundesrepublik Deutschland* et *The Queen contre Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd et autres*, aff. jointes C-46/93 et C-48/93, R.F.D.A., 1996, p. 583.

DUBOUIS L., *La chasse et le droit communautaire – Le Conseil d'État assure-t-il pleinement la primauté de la directive sur la loi ?*, note sous les arrêts CE Sect. 3 décembre 1999, *Association ornithologique et mammalogique de Saône-et-Loire et Rassemblement des opposants à la chasse (1^{ère} espèce)* et *Association ornithologique et mammalogique de Saône-et-Loire et Association France Nature environnement (2^e espèce)*, R.F.D.A., 2000, p. 409.

DUTHEILLET DE LAMOTHE O., conclusions sur CE 7 décembre 1984, *Fédération française des sociétés de protection de la nature*, R.F.D.A., 1985, p. 303.

DUTHEILLET DE LAMOTHE O. et ROBINEAU Y., note sous CE Ass. 22 décembre 1978, *Ministre de l'Intérieur c. Cohn-Bendit*, in *Chronique générale de jurisprudence administrative française*, A.J.D.A., mars 1979, p. 27.

FAVOREU L., *La chasse et le droit constitutionnel – L'interprétation de l'article 37 alinéa 2 de la Constitution par le Conseil d'État*, note sous les arrêts CE Sect. 3 décembre 1999, *Association ornithologique et mammalogique de Saône-et-Loire et Rassemblement des opposants à la chasse (1^{ère} espèce)* et *Association ornithologique et mammalogique de Saône-et-Loire et Association France Nature environnement (2^e espèce)*, R.F.D.A., 2000, p. 664.

FOMBEUR P. et RAYNAUD F., note sous CE Ass. 6 février 1998, *M. Tête et Association de sauvegarde de l'Ouest lyonnais*, in *Chronique générale de jurisprudence administrative française*, A.J.D.A., 1998, p. 403.

G. B., *La chasse et le droit constitutionnel – Conditions d'exercice du pouvoir réglementaire et compétence de la juridiction administrative*, note sous les arrêts CE Sect. 3 décembre 1999, *Association ornithologique et mammalogique de Saône-et-Loire et Rassemblement des opposants à la chasse (1^{ère} espèce)* et *Association ornithologique*

- et mammalogique de Saône-et-Loire et Association France Nature environnement (2^e espèce)*, R.F.D.A., 2000, p. 668.
- GAUTIER Y.**, commentaire sous CJCE 20 juin 2002, *Mulligan et autres*, C-313/99, Europe, août-septembre 2002, Comm. n° 8, p. 8, n° 261.
- GAUTIER M.**, *O tempora, o mores... Le Conseil d'État et les directives communautaires*, note sous CE Ass. 30 octobre 2009, *Mme Perreux*, D.A., décembre 2009, Étude n° 21, p. 7.
- GENEVOIS B.**, conclusions sur CE Ass. 22 décembre 1978, *Ministre de l'Intérieur c. Cohn-Bendit*, R.T.D.E., 1979, p. 157.
- GENEVOIS B.**, *Le Traité sur l'Union européenne et la Constitution*, note sous CC n° 92-308 DC, 9 avril 1992, *Traité sur l'Union européenne*, dite « Maastricht I », R.F.D.A., 1992, p. 373.
- GENEVOIS B.**, *Le Conseil constitutionnel et le droit dérivé, à propos de la décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004*, note sous CC n° 2004-496 DC, 10 juin 2004, *Loi sur la confiance dans l'économie numérique*, R.F.D.A., 2004, p. 651.
- GOLDMAN B.**, note sous CE Ass. 22 décembre 1978, *Ministre de l'Intérieur c. Cohn-Bendit*, J.D.I., 1979, p. 589.
- GOULARD G.**, conclusions sur CE Ass. 30 octobre 1996, *S.A. Cabinet Revert et Badelon, et Ministre du Budget c. S.A. Jacques Dangeville*, R.F.D.A., 1997, p. 1056.
- GUYOMAR M.**, conclusions sur CE Ass. 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*, R.F.D.A., 2007, p. 384.
- GUYOMAR M.**, conclusions sur CE Ass. 30 octobre 2009, *Mme Perreux*, R.F.D.A., 2009, p. 1125.
- GUYOMAR M. et COLLIN P.**, note sous CE Sect. 3 décembre 1999, *Association ornithologique et mammalogique de Saône-et-Loire et Association France Nature environnement*, in *Chronique générale de jurisprudence administrative française*, A.J.D.A., 2000, p. 120.
- HAGELSTEEN M.-D.**, conclusions sur CE Sect. 22 décembre 1989, *Ministre du Budget c. Cercle militaire mixte de la caserne Mortier*, A.J.D.A., 1990, p. 328.
- ISAAC G.**, *Le juge administratif français et les directives communautaires*, note sous CE Ass. 22 décembre 1978, *Ministre de l'Intérieur c. Cohn-Bendit*, C.D.E., 1979, p. 265.
- JEANNENEY P.-A.**, conclusions sur CE 28 septembre 1984, *Confédération nationale des sociétés de protection des animaux de France et des pays d'expression française*, A.J.D.A., 1984, p. 695.

- KOKOTT J.**, conclusions sur CJUE 21 décembre 2011, *Air Transport Association of America, American Airlines Inc., Continental Airlines Inc., United Airlines Inc. c. Secretary of State for Energy and Climate Change*, C-366/10, à paraître au Recueil des arrêts de la CJUE.
- KOVAR R.**, note sous CE Ass. 22 décembre 1978, *Ministre de l'Intérieur c. Cohn-Bendit*, J.C.P., G., 1979, II, 19158.
- LAMY F.**, conclusions sur CE Sect. 3 décembre 1999, *Association ornithologique et mammalogique de Saône-et-Loire et Rassemblement des opposants à la chasse (1^{ère} espèce) et Association ornithologique et mammalogique de Saône-et-Loire et Association France Nature environnement (2^e espèce)*, R.F.D.A., 2000, p. 59.
- LANDAIS C. et LENICA F.**, *Modulation dans le temps des effets d'une décision de rejet*, note sous CE Sect. 27 octobre 2006, *Société Techna et autres*, in *Chronique générale de jurisprudence administrative française*, A.J.D.A., 2006, p. 2385.
- LAROQUE M.**, conclusions sur CE Ass. 28 février 1992, *Société Arizona Tobacco Products et S.A. Philip Morris France* et CE Ass. 28 février 1992, *S.A. Rothmans International France et S.A. Philip Morris France*, A.J.D.A., 1992, p. 210.
- LIÉBER S.-J. et BOTTEGHI D.**, *Mme Perreux – Où Cohn-Bendit fait sa révolution*, note sous CE Ass. 30 octobre 2009, *Mme Perreux*, in *Chronique générale de jurisprudence administrative française*, A.J.D.A., 2009, p. 2385.
- LINDITCH F.**, *Annulation de l'article 3, 7^o du Code des marchés publics prévoyant l'exclusion des contrats de mandat du champ d'application du code*, note sous CE Ass. 5 mars 2003, *Union nationale des services publics industriels et commerciaux et autres*, J.C.P., E., 2003, Jurispr., 630.
- LYON-CAEN A.**, note sous CE Ass. 22 décembre 1978, *Ministre de l'Intérieur c. Cohn-Bendit*, Rev. crit. dr. intern. privé, 1979, p. 649.
- MAUGÜÉ C.**, conclusions sur CE Sect. 23 juin 1995, *S.A. Lilly France*, R.F.D.A., 1995, p. 1037.
- MAUGÜÉ C.**, conclusions sur CE 10 janvier 2001, *Association France Nature Environnement*, C.J.E.G., 2001, n° 576, p. 211.
- MAUGÜÉ C. et SCHWARTZ R.**, note sous CE Ass. 28 février 1992, *Société Arizona Tobacco Products et S.A. Philip Morris France*, A.J.D.A., 1992, p. 329.
- MÉNÉMÉNIS A.**, *Nouveau code : marché « in house », mandats, marchés conclu avec des pouvoirs adjudicateurs*, note sous CE Ass. 5 mars 2003, *Union nationale des services publics industriels et commerciaux et autres*, D.A., mai 2003, Comm. n° 107, p. 26.
- PACTEAU B.**, note sous CE Ass. 22 décembre 1978, *Ministre de l'Intérieur c. Cohn-Bendit*, D., 1979, Jurispr., p. 162.

- PRADA-BORDENAVE E.**, conclusions sur CE Sect. 25 février 2005, *France Télécom*, R.F.D.A., 2005, p. 802.
- PINTO R.**, *Nationalisme juridique et droits de l'homme*, note sous CE Ass. 22 décembre 1978, *Ministre de l'Intérieur c. Cohn-Bendit*, in *Le droit international : unité et diversité*, Mélanges Paul REUTER, Paris, Pedone, 1981, p. 407.
- RIGAUX A.**, note sous CJUE, gde ch., 1^{er} mars 2011, *Association belge des consommateurs test-achats ASBL et autres c. Conseil des ministres*, C-236/09, Europe, mai 2011, comm. n° 188, p. 40.
- RITLENG D.**, *L'arrêt Perreux ou la fin de l'exception française*, note sous CE Ass. 30 octobre 2009, *Mme Perreux*, R.T.D.E., 2010, p. 223.
- ROBLOT-TROIZIER A.**, *L'invocabilité directe des directives communautaires enfin admise*, note sous CE Ass. 30 octobre 2009, *Mme Perreux*, in *Chronique de jurisprudence – Droit administratif et droit constitutionnel*, R.F.D.A., 2009, p. 1276.
- RUZIÉ D.**, note sous CE Ass. 22 décembre 1978, *Ministre de l'Intérieur c. Cohn-Bendit*, Gaz. Pal., nos 140-142, 1979, 2, Jurispr. 212, p. 14.
- SANTULLI C.**, note sous CE Ass. 30 octobre 2009, *Mme Perreux*, in *Chronique de droit administratif et droit international*, R.F.D.A., 2010, p. 201.
- SAVOIE H.**, conclusions sur CE Ass. 6 février 1998, *M. Tête et Association de sauvegarde de l'Ouest lyonnais*, R.F.D.A., 1998, p. 407.
- SIMON D.**, note sous CE 10 janvier 2001, *Association France Nature Environnement*, Europe, mai 2001, comm. n° 152 p. 11.
- SLAMA S.**, *L'invocabilité de la directive « retour » fait temporairement dérailler l'engrenage de la reconduite à la frontière*, note sous CE, avis, 21 mars 2011, *Jin et Thiero*, J.C.P., A., 2011, 2173.
- SUBRA DE BIEUSSES P.**, note sous CE Ass. 6 février 1998, *M. Tête et Association de sauvegarde de l'Ouest lyonnais*, C.J.E.G., 1998, p. 298.
- TEBOUL G.**, note sous CE Ass. 28 février 1992, *Société Arizona Tobacco Products et S.A. Philip Morris France* et CE Ass. 28 février 1992, *S.A. Rothmans International France et S.A. Philip Morris France*, J.C.P., G., II, 1992, 21859.
- TESAURO G.**, conclusions sur CJCE 5 mars 1996, *Brasserie du Pêcheur S.A. c. Bundesrepublik Deutschland* et *The Queen contre Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd et autres*, aff. jointes C-46/93 et C-48/93, Rec. p. 1066.
- VALLÉE C.**, *Statut des étrangers : problèmes d'expulsion et d'extradition*, note sous CE Ass. 22 décembre 1978, *Ministre de l'Intérieur c. Cohn-Bendit*, R.G.D.I.P., 1979, p. 832.

VINCENT J.-Y., *L'arrêt Cohn-Bendit et le « statut » des étrangers*, note sous CE Ass. 22 décembre 1978, *Ministre de l'Intérieur c. Cohn-Bendit*, R.A., 1979, p. 630.

Droit international et régime des règles issues du droit international

Textes

Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentale, signée à Rome le 4 novembre 1950, l'ensemble des textes est téléchargeable sur le site internet de la Cour européenne des Droits de l'Homme <http://www.echr.coe.int/ECHR/FR/Header/Basic+Texts/The+Convention+and+additional+protocols/The+European+Convention+on+Human+Rights/>.

Traité de cession des établissements français de Pondichéry, Karikal, Mahé et Yanam, signé le 28 mai 1956 entre la France et l'Inde, téléchargeable à partir du site internet du Ministère des affaires étrangères : <http://www.doc.diplomatie.gouv.fr/BASIS/pacte/webext/bilat/DDD/19630065.pdf>.

Convention sur le plateau continental, signée à Genève le 29 avril 1958, téléchargeable à partir du site internet des Nations-Unies : http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/francais/traites/8_1_1958_plateau_continental_francais.pdf.

Charte sociale européenne adoptée à Turin le 18 octobre 1961, et révisée à Strasbourg le 3 mai 1996, l'ensemble des textes des traités et protocoles additionnels est disponible sur le site de la Charte sociale européenne : http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Presentation/TreatiesIndex_fr.asp.

Convention n° 118 relative à l'égalité de traitement des nationaux et non-nationaux en matière de sécurité sociale de l'Organisation internationale du travail, adoptée à Genève le 28 juin 1962, disponible sur le site internet de l'Organisation internationale du travail : <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convdf.pl?C118>.

Pacte international relatif aux droits civils et politiques, adopté par l'Assemblée générale des Nations-Unies dans sa résolution 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966, disponible sur le site du Haut commissariat des Nations-Unies aux droits de l'homme, <http://www2.ohchr.org/french/law/ccpr.htm>.

Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, adopté par l'Assemblée générale des Nations-Unies dans sa résolution 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966, disponible sur le site du Haut commissariat des Nations-

Unies aux droits de l'homme, Rubrique « Vos Droits de l'Homme », <http://www2.ohchr.org/french/law/cescr.htm>.

Convention européenne sur la protection des animaux en transport international signée à Paris le 13 décembre 1968, et disponible sur le site internet du Conseil de l'Europe : <http://conventions.coe.int/treaty/fr/Treaties/Html/065.htm>.

Convention sur le droit des traités, signée à Vienne le 23 mai 1969, téléchargeable en version française à partir de la base de donnée du site des Nations-Unies : http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/francais/traites/1_1_1969_francais.pdf.

Convention européenne pour la protection des animaux de compagnie, adoptée à Strasbourg le 13 novembre 1987, disponible sur le site internet du Conseil de l'Europe : <http://conventions.coe.int/treaty/fr/Treaties/Html/125.htm>.

Convention relative aux droits de l'enfant, adoptée l'Assemblée générale des Nations-Unies dans sa résolution 44/25 du 20 novembre 1989 et signée à New York, l'ensemble des textes est téléchargeable sur le site internet de l'U.N.I.C.E.F. : <http://www.unicef.fr/contenu/info-humanitaire-unicef/la-convention-internationale-des-droits-de-lenfant>.

Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement, signée à Aarhus le 25 juin 1998, téléchargeable à partir du site internet de la Commission économique pour l'Europe de l'Organisation des Nations-Unies : <http://live.unece.org/env/pp/documents/cep43f.pdf>.

Document CM(2006)53, 4 avril 2006, 963^e Réunion du 3 mai 2006, disponible sur le site internet du Conseil de l'Europe, Rubrique Charte sociale européenne : <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM%282006%2953&Language=lanFrench&Site=COE&BackColorInternet=9999CC&BackColorIntranet=FFBB55&BackColorLogged=FFAC75>.

Règlement du Comité européen des Droits sociaux, adopté lors de la 201^e session le 29 mars 2004 et révisé lors de la 207^e session le 12 mai 2005, lors de la 234^e session le 20 février 2009 et lors de la 250^e session le 10 mai 2011, téléchargeable sur le site internet du Conseil de l'Europe, Rubrique Charte sociale européenne, Sous-rubrique Comité européen des Droits sociaux : http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/ESCRrules/ESCRrules_fr.asp.

Documents officiels

COMITÉ DES DROITS ÉCONOMIQUES, SOCIAUX ET CULTURELS, Observation générale n° 3, *La nature des obligations des États parties (article 2 § 1 du Pacte)*, E/1991/23, 14 décembre 1990.

COMITÉ DES DROITS ÉCONOMIQUES, SOCIAUX ET CULTURELS,
Observation générale n° 9, *Application du Pacte au niveau national*,
E/C.12/1998/24, 3 décembre 1998.

COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL DES NATIONS UNIES, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite*, adopté en juillet 2001 lors de la 53^e session de la Commission du droit international, *Rapport de la Commission du droit international*, Documents officiels de l'Assemblée générale des Nations Unies, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).

CONSEIL D'ÉTAT, *La norme internationale en droit français*, Paris, La Documentation française, 2000.

Ouvrages généraux, manuels, traités, dictionnaires et lexiques

ALLAND D., *Droit international public*, Paris, P.U.F., Collection Droit fondamental, 2000.

Digest de jurisprudence du Comité européen des droits Sociaux, établi au 1^{er} septembre 2008. Disponible et téléchargeable sur le site internet de la Charte sociale européenne, Rubrique « Comité européen des Droits sociaux » : http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/digest/digestindex_FR.asp.

DUPUY P.-M. et KERBRAT Y., *Droit international public*, Paris, Dalloz, Précis, 10^e éd., 2010.

DUPUY P.-M. et KERBRAT Y., *Les Grands textes de droit international public*, Paris, Dalloz, Grands textes, 7^e éd., 2010.

Thèses, monographies, ouvrages spécifiques

ABRAHAM R., *Droit international, droit communautaire et droit français*, Paris, Hachette Supérieur, Collection P.E.S., 1989.

SCIOTTI-LAM C., *L'applicabilité des traités relatifs aux droits de l'homme en droit interne*, Bruxelles, Bruylant, 2004.

WEBER A., *Les mécanismes de contrôle non contentieux du respect des droits de l'homme*, Paris, Pedone, 2008.

Articles et contributions

- ALBERTON G.**, *Le législateur français transgressant le droit international pourra-t-il demeurer encore longtemps irresponsable ?*, A.J.D.A., 2006, p. 2155.
- ALLAND D.**, *L'applicabilité directe du droit international considérée du point de vue de l'office du juge : des habits neufs pour une vieille dame ?*, R.G.D.I.P., 1998, p. 203.
- ALLAND D.**, *Le droit international « sous » la Constitution de la V^e République*, R.D.P., 1998, numéro spécial, p. 1649.
- BONNECHÈRE M.**, *Charte sociale et droits nationaux*, in *La Charte sociale européenne*, Actes des Premières Rencontres Européennes de Caen, organisées à Caen le 17 mars 2000, Bruxelles, Bruylant, Collection Rencontres européennes, 2001, p. 105.
- BRILLAT R.**, *Le système de contrôle de l'application de la Charte sociale*, in *La Charte sociale européenne*, Actes des Premières Rencontres Européennes de Caen, organisées à Caen le 17 mars 2000, Bruxelles, Bruylant, Collection Rencontres européennes, 2001, p. 45.
- BUERGENTHAL T.**, *Self-executing and non self-executing treaties*, R.C.A.D.I., 1992-IV, tome 235, p. 307.
- CHABERT C.**, *L'applicabilité directe de la convention de New York sur les droits de l'enfant : une question en réexamen ?*, R.R.J. – Droit prospectif, 1997, p. 615.
- CONDORELLI L.**, *L'évolution du champ d'application de la protection diplomatique*, in J.-F. FLAUSS (dir.), *La protection diplomatique : mutations contemporaines et pratiques nationales*, Bruxelles, Nemesis, Bruylant, 2003, p. 3.
- COSTA J.-P.**, *La Cour européenne des droits de l'homme et la protection des droits sociaux*, R.T.D.H., 2010, p. 207.
- DEBOS M. et GOHENEIX A.**, *Les O.N.G. et la fabrique de l'« opinion publique internationale »*, *Raisons politiques* 2005/3, n°19, *Une opinion publique internationale ?*, p. 63.
- DEHAUSSY J. et SALEM M.**, *Jurisclasseur Droit International*, Fascicule 12-1, « Sources du Droit international », mars 1992.
- DUBOUIS L.**, *Le juge administratif et les règles du droit international*, A.F.D.I., 1971, p. 9.
- DUPUY P.-M.**, *L'individu et le droit international (Théorie des droits de l'homme et fondements du droit international)*, A.P.D., 1987, *Le droit international*, tome 32, p. 119.
- GARIBIAN S.**, *Vers l'émergence d'un droit individuel à la protection diplomatique*, A.F.D.I., 2008, p. 119.

- GAUTIER M. et MELLERAY F.**, Jurisclasseur Administratif, Fascicule 22, « *Application des normes internationales* », novembre 2003.
- KOESTER V.**, *Le comité d'examen du respect des dispositions de la Convention d'Aarhus : panorama des procédures et de la jurisprudence*, R.E.D.E., n° 3/2007, p. 251.
- LECLERC S.**, *Les restrictions et limitations à l'application de la Charte sociale*, in *La Charte sociale européenne*, Actes des Premières Rencontres Européennes de Caen, organisées à Caen le 17 mars 2000, Bruxelles, Bruylant, Collection Rencontres européennes, 2001, p. 67.
- MARKUS J.-P.**, *Le contrôle de conventionnalité des lois par le Conseil d'État*, A.J.D.A., 1999, p. 99.
- PINTO M.**, *De la protection diplomatique à la protection des droits de l'homme*, R.G.D.I.P., 2002, p. 513.
- REUTER P.**, *Le traité international, acte et norme*, A.P.D., 1987, *Le droit international*, tome 32, p. 111.
- SAUVÉ J.-M.**, *Vingt ans après...l'arrêt Nicolo*, Gaz. Pal., n° 43, 12 février 2009, p. 5.
- SUDRE F.**, *Les « obligations positives » dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme*, R.T.D.H., 1995, p. 363.
- TIGROUDJA H.**, *Le juge administratif français et l'effet direct des engagements internationaux*, R.F.D.A., 2003, p. 154.
- VANDAMME F.**, *Les droits protégés par la Charte sociale, contenu et portée*, in *La Charte sociale européenne*, Actes des Premières Rencontres Européennes de Caen, organisées à Caen le 17 mars 2000, Bruxelles, Bruylant, Collection Rencontres européennes, 2001, p. 11.
- VELU J.**, *Les effets directs des instruments internationaux en matière de droits de l'homme*, R.B.D.I., 1980, p. 293.
- WACHSMANN P.**, *Les méthodes d'interprétation des Conventions internationales relatives à la protection des droits de l'homme*, in *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, Colloque de la S.F.D.I., Paris, Pedone, 1998, p. 157.
- WEIL P.**, *Vers une normativité relative en droit international*, R.G.D.I.P., 1982, p. 5.
- WEIL P.**, *Le droit international en quête de son identité*, R.C.A.D.I., 1992-VI, tome 237, p. 213.

Notes, chroniques et conclusions sur la jurisprudence

ABRAHAM R., conclusions sur CE Ass. 29 juin 1990, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (G.I.S.T.I.)*, A.J.D.A., 1990, p. 621.

ABRAHAM R., conclusions sur CE Sect. 23 avril 1997, *Groupement d'information et de soutien des travailleurs immigrés (G.I.S.T.I.)*, R.F.D.A., 1997, p. 585.

ABRAHAM R., conclusions sur CE Sect. 3 juillet 1998, *Bitouzet*, R.F.D.A., 1998, p. 1243.

AGUILA Y., conclusions sur CE 6 juin 2007, *Commune de Groslay et autres*, A.J.D.A., 2007, p. 1527.

AGUILA Y., *L'effet direct des conventions internationales : une nouvelle grille d'analyse*, commentaire sur CE Ass. 11 avril 2012, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (G.I.S.T.I.) et Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement (F.A.P.I.L.)*, A.J.D.A., 2012, p. 729.

ALLAND D., note sous CE 14 décembre 1994, *Confédération helvétique*, in *Jurisprudence française en matière de droit international*, R.G.D.I.P., 1995, p. 705.

ALLAND D., *La coutume internationale devant le Conseil d'État : l'existence sans la primauté*, note sous CE Ass. 6 juin 1997, *Aquarone*, in *Jurisprudence française en matière de Droit international public*, R.G.D.I.P., 1997, p. 1053.

ALLAND D., *Le juge interne et les « conflits de traités » internationaux*, note sous CE Ass. 23 décembre 2011, *Eduardo José Kandyrine de Brito Paiva*, R.F.D.A., 2012, p. 26.

AZIBERT M. et FORNACCIARI M., note sous CE Sect. 18 avril 1986, *Société Les mines de potasse d'Alsace c. Province de la Hollande septentrionale et autres*, A.J.D.A., 1986, p. 292.

BACHELIER G., conclusions sur CE Ass. 6 juin 1997, *Aquarone*, R.F.D.A., 1997, p. 1068.

BENHAMOU Y., *La convention de New York du 26 janvier 1990 sur les droits de l'enfant, le droit international et le droit français*, note sous Cass. soc., 13 juillet 1994, n° 93-10.891, *Caisse primaire d'assurance maladie de Seine-et-marne c. Ponnau et autre*, J.C.P., G., 1994, II, 22219.

BOISSARD S., conclusions sur CE 6 octobre 2000, *Association Promouvoir et autres*, A.J.D.A., 2000, p. 1060.

BOUCHER J., conclusions sur CE Ass. 23 décembre 2011, *Eduardo José Kandyrine de Brito Paiva*, R.F.D.A., 2012, p. 1.

BRETONNEAU A. et DOMINO X., *Le juge administratif, arbitre international ?*, note sous CE Ass. 23 décembre 2011, *Eduardo José Kandyryne de Brito Paiva*, in *Chronique générale de jurisprudence administrative française*, A.J.D.A., 2012, p. 201.

BRETONNEAU A. et DOMINO X., *Les aléas de l'effet direct*, note sous CE Ass. 11 avril 2012, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (G.I.S.T.I.) et Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement (F.A.P.I.L.)*, in *Chronique générale de jurisprudence administrative française*, A.J.D.A., 2012, p. 936.

BURDEAU G., note sous CE Sect. 29 janvier 1993, *Mme Bouilliez*, A.J.D.A., 1993, p. 364.

CENTRE DE RECHERCHES ET D'ÉTUDES SUR LES DROITS FONDAMENTAUX (C.R.E.D.O.F.), de l'Université de Paris Ouest Nanterre La Défense, *Projet de recherche sur la justiciabilité des droits sociaux, Amicus curiæ spontané*, remis à la Section du contentieux du Conseil d'État (article R. 625-3 du Code de justice administrative), dans le cadre de la requête n° 322326 du G.I.S.T.I. et de la F.A.P.I.L. contre les ministères de l'Immigration et du Logement, mars 2010, téléchargeable sur le site internet du C.R.E.D.O.F. : <http://droits-sociaux.u-paris10.fr/index.php?id=164>.

CHAMBAULT J.-F., *Le juge administratif français et le droit international de l'environnement – Réflexions sur un arrêt récent*, note sous CE Sect. 18 avril 1986, *Société Les mines de potasse d'Alsace c. Province de la Hollande septentrionale et autres*, R.G.D.I.P., 1986, p. 597.

CHÂMES O., note sous CE Ass. 6 juin 1997, *Aquarone*, in *Bulletin de jurisprudence française*, J.D.I., 1998, p. 93.

CHAPPEZ J., note sous CE Ass. 15 octobre 1993, *Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et Gouverneur de la colonie royale de Hong-Kong*, J.D.I., 1994, p. 89.

CHAPPEZ J., note sous CE 14 décembre 1994, *Confédération helvétique*, R.D.P., 1995, p. 781.

CHAVAUX D. et GIRARDOT T.-X., note sous CE Sect. 23 avril 1997, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (G.I.S.T.I.)*, in *Chronique générale de jurisprudence administrative française*, A.J.D.A., 1997, p. 435.

CHAVAUX D. et GIRARDOT T.-X., note sous CE Ass. 6 juin 1997, *Aquarone*, in *Chronique générale de jurisprudence administrative française*, A.J.D.A., 1997, p. 570.

DANDELOT M., conclusions sur CE Sect. 18 avril 1986, *Société Les mines de potasse d'Alsace c. Province de la Hollande septentrionale et autres*, R.F.D.A., 1987, p. 479.

DIRECTION DES AFFAIRES JURIDIQUES DU MINISTÈRE DES AFFAIRES ÉTRANGÈRES, observations produites par la dans l'affaire *G.I.S.T.I. et*

F.A.P.I.L., n° 332326, téléchargeables sur le blog *Combats pour les droits de l'homme (C.P.D.H.)* de Serge SLAMA, billet du 14 mai 2012 intitulé *Le milieu du gué de l'invocabilité des normes internationales devant le juge administratif*: <http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr/2012/05/14/le-milieu-du-gue-de-linvocabilite-des-normes-internationales-devant-le-juge-administratif-ce-ass-11-avril-2012-gisti-et-fapil/>.

DUMORTIER G., conclusions sur CE Ass. 9 juillet 2010, *Mme Chériet-Benseghir*, R.F.D.A., 2010, p. 1133.

DUMORTIER G., conclusions sur CE Ass. 11 avril 2012, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (G.I.S.T.I.) et Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement (F.A.P.I.L.)*, R.F.D.A., 2012, p. 547.

ESPUGLAS P., note sous CE Ass. 15 octobre 1993, *Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et Gouverneur de la colonie royale de Hong-Kong*, J.C.P., G., 1994, II, 22253.

FINES F., note sous CE Ass. 15 octobre 1993, *Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et Gouverneur de la colonie royale de Hong-Kong*, R.D.P., 1994, p. 525.

FRYDMANN P., conclusions sur CE Ass. 20 octobre 1989, *Nicolo*, R.F.D.A., 1989, p. 813.

GAUTIER M., *L'effet direct des conventions internationales*, note sous CE Ass. 11 avril 2012, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (G.I.S.T.I.) et Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement (F.A.P.I.L.)*, R.F.D.A., 2012, p. 560.

GENEVOIS B., conclusions sur CE Ass. 8 mars 1985, *Garcia Henriquez*, R.D.P., 1985, p. 1130.

GENEVOIS B., *Le juge administratif, le traité et la loi postérieure*, note sous CE Ass. 20 octobre 1989, *Nicolo*, R.F.D.A., 1989, p. 824.

GUILLAUME G., conclusions sur CE Sect. 4 décembre 1970, *Ministre de l'État chargé de la Défense nationale et ministre de l'Équipement et du Logement c. sieur Starr et British Commonwealth Insurance Company*, R.G.D.I.P., 1970, p. 1114.

GUILLAUME G., *Avis d'amicus curiae (article R. 625-3 du Code de justice administrative)*, concernant CE Ass. 23 décembre 2011, *Eduardo José Kandyrine de Brito Paiva*, R.F.D.A., 2012, p. 19.

GUYOMAR M., conclusions sur CE Sect. 31 octobre 2008, *Section française de l'Observatoire international des prisons*, R.F.D.A., 2009, p. 73.

HUBAC S. et SCHOETTL J.-E., note sous CE Ass. 8 mars 1985, *Garcia Henriquez*, in *Chronique générale de jurisprudence administrative française*, A.J.D.A., 1985, p. 406.

- JULIEN-LAFERRIÈRE F.**, note sous CE Ass. 15 octobre 1993, *Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et Gouverneur de la colonie royale de Hong-Kong*, D., 1994, p. 109.
- JULIEN-LAFERRIÈRE F.**, note sous CE 14 décembre 1994, *Confédération helvétique*, J.D.I., 1995, p. 370.
- LABAYLE H.**, *Le juge et le droit administratif de l'extradition face aux logiques de l'entraide répressive internationale*, étude des arrêts CE Ass. 15 octobre 1993, *Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et Gouverneur de la colonie royale de Hong-Kong*, et CE Ass. 15 octobre 1993, *Mme Joy Davis-Aylor*, R.F.D.A., 1994, p. 21.
- LACHAUME J.-F.**, note sous CE Ass. 9 juillet 2010, *Mme Chériet-Benseghir*, R.F.D.A., 2010, p. 1146.
- LANDAIS C.**, conclusions sur CE 23 décembre 2010, *Association Aides, Association des familles victimes du saturnisme (A.F.V.S.), Comité médical pour les exilés (C.O.M.E.D.E.) et Groupement d'information et de soutien des travailleurs immigrés (G.I.S.T.I.)*, A.J.D.A., 2011, p. 463.
- LANDAIS C. et LENICA F.**, *La marge d'appréciation de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme*, note sous CE Sect. 18 juillet 2006, *Groupement d'information et de soutien des travailleurs immigrés (G.I.S.T.I.)*, in *Chronique générale de jurisprudence administrative française*, A.J.D.A., 2006, p. 1833.
- LIÉBER S.-J. et BOTTEGHI D.**, *De deux questions de droit international public et d'une question de procédure contentieuse*, note sous CE Ass. 9 juillet 2010, *Mme Chériet-Benseghir*, in *Chronique générale de jurisprudence administrative française*, A.J.D.A., 2010, p. 1635.
- MARTIN M.**, *Quand la coutume internationale doit battre en retraite*, note sous CE Ass. 6 juin 1997, *Aquarone*, L.P.A., n° 16, 6 février 1998, p. 18.
- MARTRINGE J.**, note sous CAA Marseille 30 juin 2008, *Krikorian*, in *Jurisprudence française en matière de Droit international public*, R.G.D.I.P., 2009, p. 728.
- MAUGÜÉ C. et TOUVET L.**, note sous CE Ass. 15 octobre 1993, *Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et Gouverneur de la colonie royale de Hong-Kong*, A.J.D.A., 1993, p. 848.
- MATTER P.**, conclusions sur Cass. civ. 22 décembre 1931, *Sanchez c. Gozland*, J.D.I., 1932, p. 683.
- MODERNE F.**, note sous CE Sect. 4 décembre 1970, *Ministre de l'État chargé de la Défense nationale et ministre de l'Équipement et du Logement c. sieur Starr et British Commonwealth Insurance Company*, A.J.D.A., 1971, p. 112.

- POIRAT F.**, *Comment appliquer l'inapplicable à propos de l'article 55 de la Constitution*, note sous CE 5 septembre 2001, *Préfet des Alpes-Maritimes c. Benkhnata*, R.G.D.I.P., 2002, p. 711.
- QUESTIAUX N.**, conclusions sur CE 30 mars 1966, *Société Ignazio Messina et Cie*, R.D.P., 1966, p. 789.
- QUESTIAUX N.**, conclusions sur CE Sect. 1^{er} mars 1968, *Syndicat général des Fabricants de semoules de France*, A.J.D.A., 1968, p. 235.
- ROGER-LACAN C.**, conclusions sur CE Sect. 14 octobre 2011, *Mme Om Hashem Saleh et autres*, R.F.D.A., 2012, p. 46.
- RUZIÉ D.**, note sous CE Sect. 4 décembre 1970, *Ministre de l'État chargé de la Défense nationale et ministre de l'Équipement et du Logement c. sieur Starr et British Commonwealth Insurance Company*, J.C.P., G., 1971, II, 16764.
- RUZIÉ D.**, *La pollution du Rhin : problème de droit interne et international*, note sous CE Sect. 18 avril 1986, *Société Les mines de potasse d'Alsace c. Province de la Hollande septentrionale et autres*, R.F.D.A., 1987, p. 492.
- RUZIÉ D.**, *La place de l'individu au regard des conventions internationales*, note sous CE Sect. 29 janvier 1993, *Mme Bouilliez*, R.F.D.A., 1993, p. 803.
- SANTULLI C.**, *Chronique de droit international*, R.F.D.A., 2009, p. 1031.
- SCANVIC F.**, conclusions sur CE Sect. 29 janvier 1993, *Mme Bouilliez*, R.F.D.A., 1993, p. 794.
- SLAMA S.**, *Adoption de nouveaux critères de détermination de l'effet direct des normes internationales sans consacrer leur invocabilité systématique*, note sous CE Ass. 11 avril 2012, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (G.I.S.T.I.) et Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement (F.A.P.I.L.)*, Lettre « Actualités Droits-Libertés » du C.R.E.D.O.F., 14 mai 2012.
- TAILLEFAIT A.**, note sous CE Sect. 18 juillet 2006, *Groupement d'information et de soutien des travailleurs immigrés (G.I.S.T.I.)*, D.A., décembre 2006, comm. n°189, p. 29.
- TEBOUL G.**, note sous CE Ass. 29 juin 1990, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (G.I.S.T.I.)*, A.J.D.A., 1990, p. 631.
- TEBOUL G.**, note sous CE Ass. 6 juin 1997, *Aquarone*, J.C.P., G., 1997, II, 22945.
- TEDESCHI P.**, note sous CE Sect. 4 décembre 1970, *Ministre de l'État chargé de la Défense nationale et ministre de l'Équipement et du Logement c. sieur Starr et British Commonwealth Insurance Company*, D., 1971, p. 253.

TOUFFAIT A., conclusions sur Cass. ch. mixte 24 mai 1975, 73-13.556, *Administration des douanes c. Société Cafés Jacques Vabre et Société J. Weigel et Cie, D.*, 1975, p. 497.

VALLÉE L., conclusions sur CE Sect. 18 juillet 2006, *Groupement d'information et de soutien des travailleurs immigrés (G.I.S.T.I.)*, R.F.D.A., 2006, p. 1201.

VIGOUROUX C., conclusions sur CE 14 décembre 1994, *Confédération helvétique*, A.J.D.A., 1995, p. 56.

VIGOUROUX C., conclusions sur CE Ass. 15 octobre 1993, *Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et Gouverneur de la colonie royale de Hong-Kong*, R.F.D.A., 1993, p. 1179.

WALINE M., *Moyens recevables à l'appui d'une demande d'annulation d'un décret d'extradition*, note sous CE 30 mai 1952, *Dame Kirkwood*, R.D.P., 1952, p. 781.

WALINE M., *Accident imputé à un ouvrage implanté en haute mer*, note sous CE Sect. 4 décembre 1970, *Ministre de l'État chargé de la Défense nationale et ministre de l'Équipement et du Logement c. sieur Starr et British Commonwealth Insurance Company*, R.D.P., 1971, p. 1219.

Décisions du Comité européen des Droits sociaux

Réclamation n° 2/1999, 4 décembre 2000, *Fédération européenne du personnel des services publics (EUROFEDOP) c. France*, décision sur le bien-fondé.

Réclamation n° 6/1999, 31 janvier 2001, *Syndicat national des professions du tourisme c. France*, décision sur le bien-fondé.

Réclamation n° 9/2000, 16 novembre 2001, *Confédération Française de l'Encadrement « C.F.E.-C.G.C. » c. France*, décision sur le bien-fondé.

Réclamation n° 13/2002, 4 novembre 2003, *Association internationale Autisme-Europe (A.I.A.E.) c. France*, décision sur le bien-fondé.

Réclamation n° 14/2003, 8 septembre 2004, *Fédération Internationale des Ligues des Droits de l'Homme (F.I.D.H.) c. France*, décision sur le bien-fondé.

Réclamation n° 16/2003, 12 octobre 2004, *Confédération Française de l'Encadrement « C.F.E.-C.G.C. » c. France*, décision sur le bien-fondé.

Réclamation n° 22/2003, 7 décembre 2004, *Confédération générale du travail (C.G.T.) c. France*, décision sur le bien-fondé.

Réclamation n° 23/2003, 7 septembre 2004, *Syndicat occitan de l'éducation c. France*, décision sur le bien-fondé.

Réclamation n° 24/2004, 8 novembre 2005, *Syndicat SUD Travail Affaires Sociales c. France*, décision sur le bien-fondé.

Réclamation n° 26/2004, 15 juin 2005, *Syndicat des Agrégés de l'Enseignement Supérieur (S.A.G.E.S.) c. France*, décision sur le bien-fondé.

Réclamation n° 28/2004, 13 juin 2005, *Syndicat national des dermato-vénérologues (S.N.D.V.) c. France*, décision sur la recevabilité.

Réclamation n° 29/2005, 14 juin 2005, *Syndicat des hauts fonctionnaires (S.A.I.G.I.) c. France*, décision sur la recevabilité.

Réclamation n° 31/2005, 18 octobre 2006, *Centre européen des droits des Roms c. Bulgarie*, décision sur le bien-fondé.

Réclamation n° 33/2006, 5 décembre 2007, *Mouvement international A.T.D.-Quart Monde c. France*, décision sur le bien-fondé.

Réclamation n° 38/2006, 3 décembre 2007, *Conseil européen des Syndicats de Police (C.E.S.P.) c. France*, décision sur le bien-fondé.

Réclamation n° 39/2006, 4 février 2008, *Fédération européenne des Associations nationales travaillant avec les Sans-abri (FEANTSA) c. France*, décision sur le bien-fondé.

Réclamation n° 50/2008, 9 septembre 2009, *Confédération Française Démocratique du Travail (C.F.D.T.) c. France*, décision sur le bien-fondé.

Réclamation n° 51/2008, 19 octobre 2009, *Centre européen des Droits des Roms (C.E.D.R.) c. France*, décision sur le bien-fondé.

Réclamation n° 54/2008, 2 décembre 2010, *Conseil Européen des Syndicats de Police (C.E.S.P.) c. France*, décision sur le bien-fondé.

Réclamation n° 55/2009, 23 juin 2010, *Confédération Générale du Travail (C.G.T.) c. France*, décision sur le bien-fondé.

Réclamation n° 56/2009, 23 juin 2010, *Confédération Française de l'Encadrement « C.F.E.-C.G.C. » c. France*, décision sur le bien-fondé.

Réclamation n° 57/2009, 1^{er} décembre 2010, *Conseil Européen des Syndicats de Police (C.E.S.P.) c. France*, décision sur le bien-fondé.

Réclamation n° 63/2010, 28 juin 2011, *Centre on Housing Rights and Evictions (C.O.H.R.E.) c. France*, décision sur le bien-fondé.

Loi, principes généraux du droit et actes réglementaires

Textes

Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, J.O.R.F. n° 88 du 13 avril 2000, p. 5646, texte n° 1.

Loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004 de simplification du droit, J.O.R.F. n° 287 du 10 décembre 2004, p. 20857, texte n° 1.

Loi n° 2007-1787 du 20 décembre 2007 relative à la simplification du droit, J.O.R.F. n° 296 du 21 décembre 2007, p. 20639, texte n° 2.

Circulaire du Premier ministre du 29 février 2008 relative à l'application de la loi, J.O.R.F. n° 57 du 7 mars 2008, p. 4233, texte n° 3.

Documents officiels

ASSEMBLÉE NATIONALE, *L'insoutenable application de la loi*, Rapport d'information de la Mission d'information commune sur les problèmes généraux liés à l'application des lois, Jérôme BIGNON (Président), François SAUVADET (Rapporteur), Paris, Les documents d'information de l'Assemblée nationale, 1995.

KOSCIUSKO-MORIZET N., Rapport d'information n°1595 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 (n° 992) relatif à la Charte de l'environnement, déposé à l'Assemblée nationale le 12 mai 2004.

ASSOULINE D., Rapport d'information fait au nom de la Commission pour le contrôle de l'application des lois, n° 323, année 2011-2012, 1^{er} février 2012, disponible sur le site internet du Sénat : <http://www.senat.fr/notice-rapport/2011/r11-323-notice.html> pour le rapport d'information, http://www.senat.fr/doctrav/rapports_annuels.html#application pour le bilan.

COMMISSION DES LOIS CONSTITUTIONNELLES, DE LA LÉGISLATION ET DE L'ADMINISTRATION GÉNÉRALE DE LA RÉPUBLIQUE, Rapport n° 1409 sur la proposition de résolution (n° 1023) de Jean-Luc WARSMANN, modifiant le règlement en vue d'informer l'Assemblée nationale sur la mise en application des lois.

COMMISSIONS PERMANENTES DU SÉNAT, Rapport sur l'application des lois n° 50, 1998, disponible sur le site internet du Sénat : <http://www.senat.fr/rap/appleg98-50/appleg98-50.html>.

COMMISSIONS PERMANENTES DU SÉNAT, Rapport sur l'application des lois, n° 51, 1999, disponible sur le site internet du Sénat : <http://www.senat.fr/rap/appleg99/appleg99.html>.

COMMISSIONS PERMANENTES DU SÉNAT, Rapport sur l'application des lois, n° 52, année parlementaire 1999-2000, disponible sur le site internet du Sénat : <http://www.senat.fr/rap/appleg2000/appleg2000.html>.

COMMISSIONS PERMANENTES DU SÉNAT, Rapport sur l'application des lois, n° 53, année parlementaire 2000-2001, disponible sur le site internet du Sénat : <http://www.senat.fr/rap/rappleg2001/rappleg2001.html>.

COMMISSIONS PERMANENTES DU SÉNAT, Rapport sur l'application des lois, n° 54, année parlementaire 2001-2002, disponible sur le site internet du Sénat : <http://www.senat.fr/rap/rappleg2002/rappleg2002.html>.

COMMISSIONS PERMANENTES DU SÉNAT, *Le contrôle de l'application des lois*, Synthèse des travaux des commissions permanentes au 30 septembre 2003, 55^e rapport sur le contrôle de l'application des lois, année parlementaire 2002-2003, disponible sur le site internet du Sénat : <http://www.senat.fr/rap/appleg2003/appleg2003.html>.

COMMISSIONS PERMANENTES DU SÉNAT, *Le contrôle de l'application des lois*, Synthèse des travaux des commissions permanentes au 30 septembre 2004, 56^e rapport sur le contrôle de l'application des lois, année parlementaire 2003-2004, présenté à la Conférence des Présidents du mardi 30 novembre 2004, disponible sur le site internet du Sénat : http://www.senat.fr/rap/appleg_04/appleg_04.html.

COMMISSIONS PERMANENTES DU SÉNAT, *Le contrôle de l'application des lois*, Synthèse des travaux des commissions permanentes au 30 septembre 2005, 57^e rapport sur le contrôle de l'application des lois, année parlementaire 2004-2005, présenté à la Conférence des Présidents du jeudi 1^{er} décembre 2005, disponible sur le site internet du Sénat : http://www.senat.fr/rap/appleg_05/appleg_05.html.

COMMISSIONS PERMANENTES DU SÉNAT, *Le contrôle de l'application des lois*, Synthèse des travaux des commissions permanentes au 30 septembre 2006, 58^e rapport sur le contrôle de l'application des lois, année parlementaire 2005-2006, présenté à la Conférence des Présidents du mercredi 29 novembre 2006, disponible sur le site internet du Sénat : http://www.senat.fr/rap/appleg_06/appleg_06.html

COMMISSIONS PERMANENTES DU SÉNAT, *Le contrôle de l'application des lois*, Synthèse des travaux des commissions permanentes, 59^e rapport sur le

contrôle de l'application des lois, année parlementaire 2006-2007, disponible sur le site internet du Sénat : http://www.senat.fr/rap/appleg_07/appleg_07.html.

SERVICE DES COMMISSIONS PERMANENTES DU SÉNAT, *Contrôle de l'application des lois pour 2008*, 60^e rapport sur le contrôle de l'application des lois, disponible sur le site internet du Sénat : http://www.senat.fr/rap/apleg_08/apleg_08.html.

SERVICE DES COMMISSIONS PERMANENTES DU SÉNAT, Rapport annuel de contrôle de l'application des lois 2009, déposé au Sénat le 16 décembre 2009, disponible sur le site internet du Sénat : http://www.senat.fr/rap/apleg_09/apleg_09.html pour le rapport, http://www.senat.fr/rap/bilan_app_com_09/bilan_app_com_09.html pour le bilan.

SERVICE DES COMMISSIONS PERMANENTES DU SÉNAT, Rapport annuel de contrôle de l'application des lois 2010, déposé au Sénat le 11 janvier 2011, disponible sur le site internet du Sénat : http://www.senat.fr/rap/apleg_10/apleg_10.html pour le rapport, http://www.senat.fr/rap/apleg_10/apleg_1025.html#toc110 pour le bilan.

SERVICE DES ÉTUDES JURIDIQUES DU SÉNAT, *La qualité de la loi*, note de synthèse, Les documents de travail du Sénat, n^o EJ 3, 1^{er} octobre 2007, disponible sur le site internet du Sénat, rubrique « Travaux parlementaires » : <http://www.senat.fr/ej/ej03/ej03.html>.

Thèses, monographies, ouvrages spécifiques

COLLECTIF, *Le domaine de la loi et du règlement*, Paris, 2^e éd., Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Economica, 1981.

MATHIEU B. et VERPEAUX M. (dir.), *La réforme du travail législatif*, Paris, Dalloz, 2006.

Articles et contributions

AUBY J.-B., *Les délais raisonnables de l'activité réglementaire*, D.A., février 2004, Repères, p. 2.

BERGERÈS M.-C., *Les actes non réglementaires*, A.J.D.A., 1980, p. 3.

AUBY J.-M., *L'abrogation des actes administratifs*, A.J.D.A., 1967, p. 131.

BERTRAND B., *L'interprétation des actes administratifs unilatéraux*, D.A., décembre 2010, Ét. n^o 23, p. 6.

- BOULOUIS N.**, *Sur une notion discutable : l'édiction des mesures d'application des lois en vertu "d'habilitations législatives"*, in *Juger l'administration, administrer la justice*, Mélanges Daniel LABETOULLE, Paris, L.G.D.J., 2007, p. 113.
- CARCASSONNE G.**, *Penser la loi*, Pouvoirs, n° 114, 2005, *La loi*, p. 39.
- CHAPUS R.**, *De la soumission au droit des règlements autonomes*, D., 1960, chron. p. 119.
- CHAPUS R.**, *De la valeur juridique des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles du droit administratif*, D., 1966, chron. p. 99.
- DE CLAUSADE J., URVOAS J.-J., WARSMANN J.-L.**, *La qualité de la loi en débat*, Constitutions, 2010, p. 195.
- GADHOUN P.-Y.**, *L'amélioration de la fabrication des lois : entre rénovation et révolution*, A.J.D.A., 2008, p. 1872.
- GAUDEMET Y.**, *Propos introductifs au dossier sur le désordre normatif*, R.D.P., 2006, p. 43.
- GENEVOIS B.**, *Le Conseil d'État et l'interprétation de la loi*, R.F.D.A., 2002, p. 877.
- GLÉNARD G.**, *La conception matérielle de la loi revivifiée*, R.F.D.A., 2005, p. 922.
- GUIBAL M.**, *Le retard des textes d'application des lois*, R.D.P., 1974, p. 1043.
- HUGLO B.**, *Une nouvelle obligation : celle de bien réglementer ?*, A.J.D.A., 2009, p. 20.
- LARCHER G.**, *Du vote de la loi à son application : vers une fracture réglementaire ?*, D.A., février 2004, chron. p. 5.
- MATHIEU B.**, *La normativité de la loi : une exigence démocratique*, C.C.C., 2006, n° 21, p. 70.
- PREUVOT P.**, *L'amélioration de l'application des lois : un enjeu dans la relation Parlement-Gouvernement*, R.D.P., 2012, p. 39.
- RAINAUD J.-M.**, *La distinction de l'acte réglementaire et de l'acte individuel*, Paris, L.G.D.J., Bibliothèque de Droit public, 1966.
- SEILLER B.**, *Précisions sur l'obligation d'exercer le pouvoir réglementaire*, A.J.D.A., 2004, p. 761.
- STIRN B.**, *Lois et règlements : le paradoxe du désordre*, R.D.P., 2006, p. 129.
- VENEZIA J.-C.**, *Les mesures d'application*, in *Droit administratif*, Mélanges René CHAPUS, Paris, Montchestien, 1992, p. 673.

Notes, chroniques et conclusions sur la jurisprudence

AGUILA Y., conclusions sur CE Ass. 14 avril 1995, *Consistoire central des israélites de France*, R.F.D.A., 1995, p. 585.

AUBY J.-M., note sous CE Ass. 27 novembre 1964, *Ministre des Finances c. Dame veuve Renard*, D., 1965, Jur., p. 632.

AUBY J.-M., note sous CE 13 juillet 1962, *Kevers-Pascalis*, D., 1963, p. 606.

AZIBERT M. et DE BOISDEFFRE M., note sous CE Sect. 6 juin 1986, *Fédération des fonctionnaires agents et ouvriers de la fonction publique et autre*, in *Chronique générale de jurisprudence administrative française*, A.J.D.A., 1986, p. 421.

BILLET P., *Entrée en vigueur du nouveau droit de préemption des communes sur les fonds de commerce*, note sous CE 21 mars 2008, *Société Megaron*, J.C.P., A., 2008, 2087.

CHAVAUX D., conclusions sur CE Sect. 25 février 2005, *Mme Barbier*, Rec. p. 82 ; R.F.D.A., 2005, p. 753.

CHAVAUX D. et STAHL J.-H., note sous CE Ass. 20 décembre 1995, *Mme Vedel et M. Jannot*, in *Chronique générale de jurisprudence administrative française*, A.J.D.A., 1996, p. 124.

COURRÈGES A., conclusions sur CE 21 mars 2008, *Société Megaron*, J.C.P., A., 2008, 2086.

DENIS-LINTON M., conclusions sur CE Ass. 2 décembre 1994, *Mme Agyepong*, R.F.D.A., 1995, p. 86.

DONDOUX P., conclusions sur CE Ass. 8 décembre 1978, *Groupement d'information des travailleurs immigrés (G.I.S.T.I.), Confédération française démocratique du travail (C.F.D.T.) et Confédération générale du travail (C.G.T.)*, Dr. Soc., p. 57.

DUTHEILLET DE LAMOTHE O. et ROBINEAU Y., note sous CE Ass. 8 décembre 1978, *Groupement d'information des travailleurs immigrés (G.I.S.T.I.), Confédération française démocratique du travail (C.F.D.T.) et Confédération générale du travail (C.G.T.)*, in *Chronique générale de jurisprudence administrative française*, A.J.D.A., mars 1979, p. 38.

GALMOT Y., conclusions sur CE Ass. 27 novembre 1964, *Ministre des Finances c. Dame veuve Renard*, Rec. p. 590.

GUYOMAR M., conclusions sur CE 17 décembre 2008, *Section française de l'observatoire international des prisons*, Rec. p. 463 ; Gaz. Pal., n°55, 24 février 2009, p. 26.

- HAMON L.**, note sous CE Ass. 8 décembre 1978, *Groupement d'information des travailleurs immigrés (G.I.S.T.I.), Confédération française démocratique du travail (C.F.D.T.) et Confédération générale du travail (C.G.T.)*, D., 1979, p. 661.
- HAURIOU M.**, note sous CE 6 décembre 1907, *Chemins de fer de l'Est*, S. 1908, III, p. 1.
- JÈZE G.**, note sous CE 6 décembre 1907, *Chemins de fer de l'Est et autres*, R.D.P. 1908, p. 48.
- KAHN J.**, conclusions sur CE Sect. 27 janvier 1961, *Sieur Vannier*, Rec. p. 60.
- LANDAIS C. et LENICA F.**, *Le juge, la gomme et le crayon*, note sous CE Sect. 25 février 2005, *Mme Barbier*, in *Chronique générale de jurisprudence administrative française*, A.J.D.A., 2005, p. 1002.
- MASSOT J.**, conclusions sur CE Sect. 6 juin 1986, *Fédération des fonctionnaires agents et ouvriers de la fonction publique et autre*, Dr. Soc., 1986, p. 725.
- PUYBASSET M. et PUISSOCHET J.-P.**, note sous CE Ass. 27 novembre 1964, *Ministre des Finances c. Dame veuve Renard*, in *Chronique générale de jurisprudence administrative française*, A.J.D.A., 1964, p. 678.
- SEBAN A.**, conclusions sur CE Ass. 3 décembre 1999, *Didier*, R.F.D.A., 2000, p. 584.
- TARDIEU J.**, conclusions sur CE 6 décembre 1907, *Chemins de fer de l'Est et autres*, S. 1908, III, p. 1.
- TOUVET L. et STAHL J.-H.**, *Application du principe d'unité de la famille aux réfugiés politiques*, note sous CE Ass. 2 décembre 1994, *Mme Agyepong*, in *Chronique générale de jurisprudence administrative française*, A.J.D.A., 1994, p. 878.
- VIGOUROUX C.**, conclusions sur CE Ass. 1^{er} avril 1988, *Bereciartua-Echarri*, J.C.P., G., 1988, 21071.

Circulaires et directives administratives

Textes

Décret n°83-1025 du 28 novembre 1983 concernant les relations entre l'administration et les usagers, J.O.R.F. du 3 décembre 1983, p. 3492.

Décret n°2006-672 du 8 juin 2006 relatif à la création, à la composition et au fonctionnement de commissions administratives à caractère consultatif, J.O.R.F. n° 132 du 9 juin 2006, p. 8706, texte n° 11.

Décret n° 2008-1281 du 8 décembre 2008 relatif aux conditions de publication des instructions et circulaires, J.O.R.F. n° 287 du 10 décembre 2008, p. 18777, texte n° 2.

Thèses, monographies, ouvrages spécifiques

KOUBI G., *Les circulaires administratives*, Paris, Economica, Collection Corpus Essais, 2003.

MOCKLE D., *Recherches sur les pratiques administratives pararéglementaires*, Paris, L.G.D.J., Bibliothèque de droit public, tome 147, 1984.

PAVLOPOULOS P., *La directive en droit administratif*, Paris, L.G.D.J., Bibliothèque de droit public, tome 128, 1978.

PELLETIER M., *Les normes du droit fiscal*, Paris, Dalloz, Nouvelle bibliothèque des thèses, volume 78, 2008.

VAPAILLE L., *La doctrine administrative fiscale*, Paris, L'Harmattan, Collection Finances publiques, 1999.

Articles et contributions

BOULOUIS J., *Sur une nouvelle catégorie d'actes juridiques : les « directives », in Recueil d'études en hommage à Charles EISENMANN*, Paris, Cujas, 1975, p. 191.

CHALTIEL F., *Actualité des circulaires*, A.J.D.A., 2011, p. 1930.

CLIQUENNOIS M., *Que reste-t-il des directives ? À propos du vingtième anniversaire de l'arrêt « Crédit foncier de France »*, A.J.D.A., 1992, p. 3.

COMBEAU P., *Un oubli dans la réforme : l'invocabilité des circulaires et instructions administratives*, A.J.D.A., 2000, p. 495.

COMBEAU P., *Réflexion sur les fonctions juridiques de l'interprétation administrative*, R.F.D.A., 2004, p. 1069.

COMBEAU P., *Du nouveau en matière d'invocabilité de l'interprétation administrative – Le cas de la doctrine sociale dans la loi de simplification du droit*, J.C.P., G., I, 2005, Ét., n° 153, p. 1331.

COMBEAU P., *Doctrine fiscale, doctrine sociale... et après ?*, A.J.D.A., 2005, p. 1809.

DELVOLVÉ P., *La notion de directive*, A.J.D.A., 1974, p. 459.

GAUDEMET Y., *Remarques à propos des circulaires administratives*, in *Problèmes de droit public contemporain*, Mélanges M. STASSINOPOULOS, L.G.D.J., 1974, p. 561.

GROULIER C., *L'impératif dans la jurisprudence Duvergès : réflexion sur un sésame contentieux*, R.F.D.A., 2008, p. 941.

ILIOPOULOU A., *Quatre ans d'application de la jurisprudence Duvergès*, R.F.D.A., 2007, p. 477.

KOUBI G., *Distinguer "l'impératif" du "réglementaire" au sein des circulaires administratives*, R.D.P., 2004, p. 499.

KOUBI G., *La date de mise en ligne d'une circulaire*, A.J.D.A., 2011, p. 529.

SEILLER B., *Circulaires et légalité*, R.F.D.A., 1997, p. 1218.

Notes, chroniques et conclusions sur la jurisprudence

AUBY J.-B., *Le juge et les interprétations administratives*, note sous CE Sect. 18 décembre 2002, *Mme Duvergès*, D.A., mars 2003, Repères, p. 2.

BENOIT L., note sous CE 3 mai 2004, *Comité anti-amiante Jussieu et Association Nationale de défense des victimes de l'amiante*, J.C.P., A., 2004, 1466.

BERTRAND L., conclusions sur CE Sect. 11 décembre 1970, *Crédit Foncier de France c. Demoiselle Gaupillat et Dame Ader*, Recueil Lebon, p. 750.

COMBEAU P., *Une avancée dans le contrôle juridictionnel des circulaires ?*, note sous CE Sect. 18 décembre 2002, *Mme Duvergès*, L.P.A., n° 124, 23 juin 2003, p. 19.

DENOIX DE SAINT MARC R., conclusions sur CE 26 juin 1985, *Association trinitaine de défense de la pêche à pied et de l'environnement*, R.F.D.A., 1986, p. 40.

DONNAT F. et CASAS D., *Les dispositions impératives à caractère général d'une circulaire ou d'une instruction font grief*, note sous CE Sect. 18 décembre 2002, *Mme Duvergès*, in *Chronique générale de jurisprudence administrative française*, A.J.D.A., 2003, p. 487.

FOMBEUR P., conclusions sur CE Sect. 18 décembre 2002, *Mme Duvergès*, R.F.D.A., 2003, p. 280.

FRANC M., conclusions sur CE Sect. 18 novembre 1977, *Société anonyme Entreprise J. Marchand*, Rec. p. 442.

FROMONT M., note sous CE Sect. 11 décembre 1970, *Crédit Foncier de France c. Demoiselle Gaupillat et Dame Ader*, J.C.P., G., 1972, II, 17232.

H. T. C., *De l'arrêt Société « Maison Genestal » à l'arrêt Crédit foncier de France. La jurisprudence des interventions économiques de l'État*, A.J.D.A., 1971, p. 196.

LENICA F., conclusions sur CE 19 juillet 2010, *Cauvin et autres*, B.J.D.U., 1/11, janvier 2011, p. 27.

LOSCHAK D., note sous CE Sect. 11 décembre 1970, *Crédit Foncier de France c. Demoiselle Gaupillat et Dame Ader, D.*, 1971, *Jurispr.*, p. 672.

MESNARD A.-H., *Circulaires, directives et protection du littoral. À propos de l'arrêt de Section du Conseil d'État du 18 novembre 1977*, note sous CE Sect. 18 novembre 1977, *Société anonyme Entreprise J. Marchand, A.J.D.A.*, 1978, p. 654.

PETIT J., *Les circulaires impératives sont des actes faisant grief*, note sous CE Sect. 18 décembre 2002, *Mme Duvoignères, R.F.D.A.*, 2003, p. 510.

PRÉTOT X., *Le régime des circulaires et instructions est-il réductible à la recevabilité du recours pour excès de pouvoir ? Quelques réflexions à la lumière de la décision Mme Duvoignères*, in *Mouvement du droit public, Mélanges en l'honneur de Franck MODERNE*, Paris, Dalloz, 2004, p. 357.

SCANVIC F., conclusions sur CE 18 juin 1993, *Institut français d'opinion publique (I.F.O.P.)*, R.A., 1993, p. 322.

TRICOT B., conclusions sur CE Ass 29 janvier 1954, *Institution Notre-Dame du Kreisker*, R.D.P., 1954, p. 50.

WALINE M., *L'autolimitation du pouvoir discrétionnaire par des « directives »*, note sous CE Sect. 11 décembre 1970, *Crédit Foncier de France c. Demoiselle Gaupillat et Dame Ader*, R.D.P., 1971, p. 1124.

Procédures administratives contentieuses et non-contentieuses

Textes

Loi n° 78-753 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, J.O.R.F. du 18 juillet 1978, p. 2851.

Loi n° 80-539 du 16 juillet 1980 relative aux astreintes prononcées en matière administrative et à l'exécution des jugements par les personnes morales de droit public, J.O.R.F. du 17 juillet 1980, p. 1799.

Décret n° 83-1025 du 28 novembre 1983 concernant les relations entre l'administration et les usagers, J.O.R.F. du 3 décembre 1983, p. 3492.

Loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, J.O.R.F. n° 34 du 9 février 1995, p. 2175.

Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, J.O.R.F. n° 88 du 13 avril 2000, p. 5646, texte n° 1.

Documents officiels

COMMISSION DES LOIS CONSTITUTIONNELLES, DE LÉGISLATION, DU SUFFRAGE UNIVERSEL, DU RÈGLEMENT ET D'ADMINISTRATION GÉNÉRALE, Rapport n° 278 relatif à la *Proposition de loi tendant à reconnaître une présomption d'intérêt à agir des membres de l'Assemblée nationale et du Sénat en matière de recours pour excès de pouvoir*, déposé le 2 février 2011 par le sénateur Jean-René LECERF, disponible sur le site internet du Sénat : <http://www.senat.fr/rap/110-278/110-278.html>.

Ouvrages généraux, manuels, traités, dictionnaires et lexiques

BROYELLE C., *Contentieux administratif*, Paris, L.G.D.J., 2011.

CHAPUS R., *Droit du contentieux administratif*, Paris, Montchrestien, 13^e éd., 2008.

GUYOMAR M., SEILLER B., *Contentieux administratif*, Paris, Dalloz, Hypercours, 2010.

Thèses, monographies, ouvrages spécifiques

BROYELLE C., *La responsabilité du fait des lois*, Paris, L.G.D.J., Bibliothèque de Droit public, tome 236, 2003.

CRUCIS H.-M., *Les combinaisons de normes dans la jurisprudence administrative française, contribution à l'étude du pouvoir normatif du juge de l'excès de pouvoir*, Paris, L.G.D.J., Bibliothèque de Droit public, tome 161, 1991.

MELLERAY F., *Essai sur la structure du contentieux administratif français, pour un renouvellement de la classification des principales voies de droit ouvertes devant les juridictions à compétence générale*, Paris, L.G.D.J., Bibliothèque de droit public, tome 212, 2001.

SEILLER B., *L'exception d'illégalité des actes administratifs*, thèse, Paris II, 1995.

Articles et contributions

AMSELEK P., *La responsabilité sans faute des personnes publiques d'après la jurisprudence administrative*, in *Recueil d'études en hommage à Charles EISENMANN*, Paris, Cujas, 1975, p. 233.

- AUBY J.-M.**, *Les moyens inopérants dans la jurisprudence administrative*, A.J.D.A., 1966, p. 5.
- AUVRET-FINCK J.**, *Les actes de gouvernement, irréductible peau de chagrin ?*, R.D.P., 1995, p. 171.
- CARPENTIER E.**, *L'intérêt à agir du Parlement et des parlementaires devant le Conseil d'État*, A.J.D.A., 2008, p. 777.
- CERDA-GUZMAN C.**, *De la distinction entre responsabilité de l'État du fait des conventions internationales et responsabilité de l'État du fait des lois*, R.F.D.A., 2012, p. 38.
- DE MONTALIVET P.**, *Question prioritaire de constitutionnalité et droit administratif*, D.A., juin 2011, Chron., p. 15.
- EVEILLARD G.**, *Abrogation implicite ou inconstitutionnalité de la loi ?*, R.F.D.A., 2011, p. 353.
- FAVRE J. et TARDIVEL B.**, *Recherches sur la catégorie jurisprudentielle de « libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle »*, R.D.P., 2000, p. 1411.
- GIRARDOT T.-X.**, *Le retour de la loi écran devant le juge des référés – La jurisprudence Carminati confirmée par le juge des référés du Conseil d'État*, A.J.D.A., 2006, p. 1875.
- HENNETTE-VAUCHEZ S.**, *Répertoire de la responsabilité de la puissance publique*, Encyclopédie Dalloz, Fascicule « *Responsabilité sans faute* », mai 2009.
- KALFLÈCHE G.**, *Le contrôle de proportionnalité exercé par les juridictions administratives*, L.P.A., n° 46, 5 mars 2009, Numéro spécial, Actes du colloque *Les figures du contrôle de constitutionnalité en droit français*, Faculté de droit et d'économie de la Réunion, 4 et 5 juin 2007, p. 46.
- LINOTTE D.**, *Déclin du pouvoir jurisprudentiel et ascension du pouvoir juridictionnel en droit administratif*, A.J.D.A., 1980, p. 632.
- MOTULSKY H.**, *Le droit subjectif et l'action en justice*, A.P.D., 1964, *Le droit subjectif en question*, tome 9, p. 215.
- NÉGRIN J.-P.**, *Aspects du régime contentieux des règlements administratifs en France*, in *État, loi, administration*, Mélanges Epaminondas SPILIOTOPOULOS, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 267.
- REVERT M.**, *Les moyens inopérants sont-ils vraiment tous inoffensifs ?*, A.J.D.A., 2011, p. 771.
- SAGALOVITSCH E.**, *Pour la reconnaissance d'un intérêt à agir du Parlement devant le Conseil d'État*, A.J.D.A., 2008, p. 321.

SALES E., *Vers l'émergence d'un droit administratif des libertés fondamentales ?*, R.D.P., 2004, p. 207.

TRÉMEAU J., *Le référé-liberté, instrument de protection du droit de propriété*, A.J.D.A., 2003, p. 657.

WACHSMANN P., *L'atteinte grave à une liberté fondamentale*, R.F.D.A., 2007, p. 58.

WOEHLING J.-M., *Vers la fin du recours pour excès de pouvoir ?*, in *L'État de droit*, Mélanges Guy BRAIBANT, Paris, Dalloz, 1996, p. 777.

ZARADNY A., *Le contrôle de conventionnalité du juge administratif des référés*, J.C.P., A., 2011, 2379.

Notes, chroniques et conclusions sur la jurisprudence

BLUM L., conclusions sur CE 29 novembre 1912, *Boussuge*, Rec. p. 1128.

BOTTEGHI D. et LALLET A., *Le principe d'égalité n'a rien perdu de son charme, ni même de son éclat*, note sous CE Sect. 30 décembre 2010, *Ministre du logement et de la ville c. Mme Durozey*, in *Chronique générale de jurisprudence administrative française*, A.J.D.A., 2011, p. 150.

BRETONNEAU A. et DOMINO X., *Chronique générale de jurisprudence administrative française, Dix ans d'urgences*, A.J.D.A., 2011, p. 1369.

CABANES P. et LÉGER D., note sous CE Sect. 26 janvier 1973, *Ville de Paris c. Sieur Driancourt*, in *Chronique générale de jurisprudence administrative française*, A.J.D.A., 1973, p. 245.

CAMBY J.-P., *La valeur de la loi ?*, note sous CE Ass. 5 mars 1999, *Rouquette et autres*, R.D.P., 1999, p. 1223.

CLAEYS A., *La compétence du juge administratif pour constater l'abrogation implicite des lois antérieures à la Constitution*, note sous CE Ass. 16 décembre 2005, *Ministre des Affaires sociales, du Travail et de la Solidarité et Syndicat national des huissiers de justice*, in *Chronique de contentieux administratif*, L.P.A., n° 82, 25 avril 2006, p. 10.

DE BÉCHILLON D. et TERNEYRE P., *La nature du rapport parlementaire annexé à la loi sur le financement de la Sécurité sociale*, observation sous CE Ass. 5 mars 1999, *Rouquette et autres*, R.F.D.A., 1999, p. 372.

EISENMANN C., note sous CE Sect. 6 novembre 1936, *Sieur Arrighi*, D., 1938, III, p. 6.

FOLSCHEID B., conclusions sur CAA Paris 8 octobre 2003, *Mme Demaret*, A.J.D.A., 2004, p. 277.

- GLASER E.**, conclusions sur CE 27 juillet 2009, *Compagnie agricole de la Crau*, Rec., Tables, p. 602, p. 603, p. 606, et p. 688 ; R.F.D.A., 2009, p. 1263.
- GUILLAUMONT O.**, *Le juge administratif peut constater l'abrogation implicite d'une loi*, note sous CE Ass. 16 décembre 2005, *Ministre des Affaires sociales, du Travail et de la Solidarité et Syndicat national des huissiers de justice*, D.A., avril 2006, comm. n° 6, p. 29.
- GUYOMAR M.**, *Le juge du référé-suspension ne peut pas se prononcer sur la compatibilité d'une loi avec un traité*, note sous CE, ord. réf., 30 décembre 2002, *Ministre de l'aménagement du territoire et de l'environnement c. Carminati*, D.A., mars 2003, comm. n° 74, p. 35.
- HAUPAIS N.**, *Les limitations à l'office du juge administratif des référés en matière de contrariété d'une loi à un traité international*, note sous CE, ord. réf., 21 octobre 2005, *Association Aides et autres*, CE, ord. réf., 9 décembre 2005, *Mme Allouache et autres*, et CE, ord. réf., 20 décembre 2005, *Meyet*, in *Jurisprudence française en matière de droit international public*, R.G.D.I.P., 2006, p. 730.
- HAURIOU M.**, note sous CE 29 novembre 1912, *Boussuge, S.*, 1914, III, p. 33.
- HAURIOU M.**, note sous CE 4 avril 1914, *Gomel*, et 1^{er} mai 1914, *Abbé Didier, S.*, 1917, III, p. 25.
- JÉGOUZO Y.**, *Portée de la charte des thèses relative aux rapports entre les doctorants et leurs directeurs de thèse*, note sous CE 20 mars 2000, *Mayer et Richter*, A.J.D.A., 2000, p. 756.
- JÈZE G.**, *Responsabilité pécuniaire de l'État pour préjudice causé par une loi générale*, note sous CE 14 janvier 1938, *Société anonyme des produits laitiers « La Fleurette »*, R.D.P., 1938, p. 87.
- LABETOULLE D.**, conclusions sur CE Sect. 9 novembre 1979, *Ministre de l'Agriculture et société d'aménagement de la côte de Monts*, A.J.D.A., 1980, p. 362.
- LANDAIS C. et LENICA F.**, *L'abrogation implicite dans la jurisprudence récente du Conseil d'État*, note sous CE, ord. réf., 21 novembre 2005, *Boisvert*, CE 23 novembre 2005, *Mme Baux*, et CE Ass. 16 décembre 2005, *Ministre des Affaires sociales, du Travail et de la Solidarité et Syndicat national des huissiers de justice*, in *Chronique générale de jurisprudence administrative française*, A.J.D.A., 2006, p. 357.
- LE BOT O.**, *Contrôle de conventionnalité et référé-suspension : quelques précisions sur l'office du juge des référés et l'étendue du contrôle de cassation*, note sous CE, ord. réf., 30 décembre 2002, *Ministre de l'aménagement du territoire et de l'environnement c. Carminati*, A.J.D.A., 2003, p. 1065.
- MARKUS J.-P.**, *L'appréciation de la conventionnalité d'une loi par le juge des référés*, note sous TA Lyon, ord. réf., 23 mai 2003, *Murzeau*, A.J.D.A., 2003, p. 1786.

- MATT J.-L.**, *Que reste-t-il du rapport annexé à la loi de financement de la Sécurité sociale ?*, note sous CE Ass. 5 mars 1999, *Rouquette et autres*, L.P.A., n° 217, 1^{er} novembre 1999, p. 13.
- MAUGÜÉ C.**, conclusions sur CE Ass. 5 mars 1999, *Rouquette et autres*, R.F.D.A., 1999, p. 37.
- MODERNE F.**, note sous CE Sect. 26 janvier 1973, *Ville de Paris c. Sieur Driancourt*, R.A., 1974, p. 29.
- QUESTIAUX N.**, conclusions sur CE Sect. 10 février 1967, *Société anonyme des Établissements Petitjean et autres*, R.T.D.E., 1967, p. 6810.
- RAYNAUD F. et FOMBEUR P.**, *Les documents annexés à une loi n'ont aucune valeur normative*, note sous CE Ass. 5 mars 1999, *Rouquette et autres*, in *Chronique générale de jurisprudence administrative française*, A.J.D.A., 1999, p. 420.
- RIHAL H.**, *L'aide médicale d'État aux étrangers : restriction des droits et juridiction compétente*, note sous CE, ord. réf., 21 octobre 2005, *Association Aides et autres*, A.J.D.A., 2006, p. 944.
- ROMIEU J.**, conclusions sur CE 30 novembre 1906, *Jacquin et autres*, Rec. p. 862.
- ROUJOU F.**, conclusions sur CE 14 janvier 1938, *Société anonyme des produits laitiers « La Fleurette »*, R.D.P., 1938, p. 92.
- STAHL J.-H.**, conclusions sur CE Ass. 16 décembre 2005, *Ministre des Affaires sociales, du Travail et de la Solidarité c. Syndicat national des huissiers de justice*, R.F.D.A., 2006, p. 41.

Droit comparé et droits étrangers

Textes

- Constitution irlandaise du 1^{er} juillet 1937**, disponible en langue française à partir de la digithèque de matériaux juridiques et politiques de l'Université de Perpignan : <http://mjp.univ-perp.fr/constit/ie.htm>.
- Constitution de la République italienne du 22 décembre 1947**, disponible en langue française à partir de la digithèque de matériaux juridiques et politiques de l'Université de Perpignan : <http://mjp.univ-perp.fr/constit/it1947.htm>.
- Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne du 23 mai 1949**, disponible en langue française à partir de la digithèque de matériaux juridiques et politiques de l'Université de Perpignan : <http://mjp.univ-perp.fr/constit/de.htm>.

Constitution suédoise du 28 février 1974, disponible en langue française à partir de la digithèque de matériaux juridiques et politiques de l'Université de Perpignan : <http://mjp.univ-perp.fr/constit/se.htm>.

Constitution de la République portugaise du 2 avril 1976, disponible en langue française à partir de la digithèque de matériaux juridiques et politiques de l'Université de Perpignan : <http://mjp.univ-perp.fr/constit/pt.htm>.

Constitution espagnole du 27 décembre 1978, disponible en langue française à partir de la digithèque de matériaux juridiques et politiques de l'Université de Perpignan : <http://mjp.univ-perp.fr/constit/es.htm>.

Constitution des Pays-Bas du 17 février 1983, disponible en langue française à partir de la digithèque de matériaux juridiques et politiques de l'Université de Perpignan : <http://mjp.univ-perp.fr/constit/pb.htm>.

Constitution de la République de Pologne du 2 avril 1997, disponible en langue française à partir de la digithèque de matériaux juridiques et politiques de l'Université de Perpignan : <http://mjp.univ-perp.fr/constit/pl1997.htm>.

Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, disponible à partir de la digithèque de matériaux juridiques et politiques de l'Université de Perpignan : <http://mjp.univ-perp.fr/constit/ch.htm>.

Ouvrages généraux, manuels, traités, dictionnaires et lexiques

BON P. et MAUS D., *Les grandes décisions des cours constitutionnelles européennes*, Paris, Dalloz, 2008.

FROMONT M., *Droit administratif des États européens*, Paris, P.U.F., Collection Thémis, 2006.

GREWE C. et RUIZ-FABRI H., *Droits constitutionnels européens*, Paris, P.U.F., 1995.

PONTHOREAU M.-C., *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, Paris, Economica, 2010.

Thèses, monographies, ouvrages spécifiques

AUTEXIER C., *Introduction au droit public allemand*, Paris, P.U.F., Collection Droits fondamentaux, 1997.

CAPITANT D., *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, Paris, L.G.D.J., Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, 2001.

DE SCHUTTER O., *Fonction de juger et droits fondamentaux, transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américain et européens*, Bruxelles, Bruylant,

Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, 1999.

DE SCHUTTER O. et VAN DROOGHENBROECK S., *Droit international des droits de l'homme devant le juge national*, Bruxelles, De Boeck & Larcier, Coll. Les grands arrêts de la jurisprudence belge, 1999

MAURER H., *Droit administratif allemand*, Paris, L.G.D.J., traduction de Michel FROMONT, 1994.

MEINDL T., *La notion de droit fondamental dans les jurisprudences et doctrines constitutionnelles françaises et allemandes*, Paris, L.G.D.J., Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, 2003.

Articles et contributions

BON P., *Les éléments de spécificité*, in *La justice constitutionnelle au Portugal*, Institut d'études juridiques ibériques et iberico-américaines, Université de Pau et des Pays de l'Adour, Paris, Economica, Collection Droit public positif, 1989, p. 103.

BON P., *La modulation des effets dans le temps d'une annulation contentieuse : le cas de l'Espagne*, R.F.D.A., 2004, p. 690.

CASALTA NABAIS J., *Les droits fondamentaux dans la jurisprudence du Tribunal constitutionnel*, in *La justice constitutionnelle au Portugal*, Institut d'études juridiques ibériques et iberico-américaines, Université de Pau et des Pays de l'Adour, Paris, Economica, Collection Droit public positif, 1989, p. 211.

CASALTA NABAIS J., *Rapport portugais*, in *Études de droit constitutionnel franco-portugais. À propos de la révision de la Constitution portugaise*, Journées d'études des 9 et 10 novembre 1990, Institut d'études juridiques ibériques et iberico-américaines, Université de Pau et des Pays de l'Adour, Paris, Economica, Collection Droit public positif, 1992, p. 13.

FERCOT C., *Les droits sociaux en Allemagne et en Suisse*, R.I.D.C., 2-2011, p. 225.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ J. J., *Typologie des dispositifs des décisions des cours constitutionnelles*, R.B.D.C., 1998, p. 335.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ J. J., *Proposition de concept d'omission inconstitutionnelle en Espagne*, Jahrbuch des öffentlichen Rechts, 1998, n° 46, p. 483.

FLAUSS J.-F., *L'incorporation de la Convention européenne dans le droit suédois*, in *Liber amicorum Marc-André EISSEN*, Bruxelles, Bruylant et L.G.D.J., 1995, p. 141.

FROMONT M., *La Cour constitutionnelle fédérale et le droit*, in *Définir le droit (2)*, Droits, 1990, n° 11, p. 119.

HARBO T. I., *Les droits sociaux en Scandinavie ou la recherche d'un équilibre optimal entre droits et politiques, droits et devoirs*, R.I.D.C., 2-2011, p. 315.

JARÓN A. M., *Les droits sociaux en Pologne*, R.I.D.C., 2-2011, p. 296.

JOUANJAN O., *La théorie allemande des droits fondamentaux*, A.J.D.A., Numéro spécial, 1998, p. 44.

MARZO C., *La protection des droits sociaux dans les pays européens*, R.I.D.C., 2-2011, p. 203.

MEININGER M.-C., *Le Tribunal constitutionnel du Portugal*, in *Dossier spécial sur le Portugal*, N.C.C.C., 2010, n° 29, p. 273.

MOREIRA V., *Le Tribunal constitutionnel portugais : le « contrôle concret » dans le cadre d'un système mixte de justice constitutionnelle*, in *Dossier spécial sur le Portugal*, C.C.C., 2001, n° 10, p. 21.

TAXIL B., *Les critères de l'applicabilité directe des traités internationaux aux États-Unis et en France*, R.I.D.C., 2007, p. 157.

VINTRÓ J., *La protection des libertés*, Pouvoirs, n° 124, 2008, L'Espagne, p. 85.

ZAMPINI F., *La responsabilité de l'État pour violation du droit communautaire : l'exemple de l'Italie*, R.F.D.A., 1997, p. 1039.

Notes, chroniques et conclusions sur la jurisprudence

MIRANDA J., *Chronique de jurisprudence constitutionnelle, Portugal*, A.I.J.C., V-1989, p. 613.

MIRANDA J., *Chronique de jurisprudence constitutionnelle, Portugal*, A.I.J.C., VI-1990, p. 839.

MIRANDA J., *Chronique de jurisprudence constitutionnelle, Portugal*, A.I.J.C., IX-1995, p. 937.

SASTRE M., *La conception américaine de la garantie judiciaire de la supériorité des traités sur les lois*, note sous la décision *Breard v. Greene* de la Cour suprême des États-Unis du 14 avril 1998, R.G.D.I.P., 1999, p. 147.

Arrêts, décisions, jugements, avis

Cour d'arbitrage belge (devenue Cour constitutionnelle), n° 33/92, 7 mai 1992.

Cour d'arbitrage belge (devenue Cour constitutionnelle), n° 106/2003, 22 juillet 2003.

Cour de Cassation belge, 20 décembre 1990.

Conseil d'État belge, IV^e ch., 6 septembre 1989, *M'Feddal et consorts, et, Elbahja et consorts*, n^{os} 32989 et 32990 (2 espèces).

Conseil d'État belge, 17 mars 2011, *Centre public d'action sociale d'Ixelles*, n^o 211997.

Cour Suprême des États-Unis, 4 février 1829, *Foster & Elam v. Neilson*, 27 U.S. (2 Pet.) 253 (1829).

Cour Suprême des États-Unis, 14 février 1833, *U.S. v. Percheman*, 32 U.S. (7 Pet.) 51 (1833).

Cour Suprême des États-Unis, 14 avril 1998, *Breard v. Greene*, 523 U.S. 371 (1998) ; I.L.M. 1998, vol. XXXVII, p. 824.

Cour Suprême des Pays-Bas, 16 novembre 1990, NJ 1992, § 3.2.3.

Tribunal constitutionnel espagnol, Sentencia n^o 24/1982 du 13 mai 1982, décision relative à un recours en inconstitutionnalité.

Tribunal constitutionnel espagnol, Sentencia n^o 45/1989 du 20 février 1989, décision relative à une question préjudicielle d'inconstitutionnalité.

Tribunal suprême espagnol, 8 septembre 2009, STS 5378/2009.

Tribunal constitutionnel fédéral allemand, BVerfGE 1 (*Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts*), p. 97 [100 s.], 19 décembre 1951, *Fürsorge*.

Tribunal constitutionnel fédéral allemand, BVerfGE 6, p. 257 [264], 20 février 1957, *Deutsches Rotes Kreuz*.

Tribunal constitutionnel fédéral allemand, BVerfGE 33, p. 303 [333], 18 juillet 1972, *Numerus Clausus I*.

Tribunal constitutionnel fédéral allemand, BVerfGE 56, p. 54 [70], 14 janvier 1981, *Fluglärm*.

Tribunal constitutionnel polonais, Arrêt n^o U 7/01 du 2 juillet 2002, *Dziennik Ustaw* (Journal officiel) 2002, n^o 104, point 933 du 11 juillet 2002.

Tribunal constitutionnel portugais, Plen., Acórdão n^o 39/1984 du 11 avril 1984, décision relative à une action d'inconstitutionnalité successive.

Tribunal constitutionnel portugais, Plen., Acórdão n^o 276/1989 du 28 février 1989, décision relative à un recours en inconstitutionnalité par omission.

Tribunal constitutionnel portugais, Plen., Acórdão n^o 36/1990 du 14 février 1990, décision relative à un recours en inconstitutionnalité par omission.

Tribunal constitutionnel portugais, Plen., Acórdão nº 638/1995 du 15 novembre 1995, décision relative à un recours en inconstitutionnalité par omission.

TABLE GÉNÉRALE DE JURISPRUDENCE

Juridictions de l'Union européenne

Cour de justice des Communautés européennes et Cour de justice de l'Union européenne

CJCE 12 juin 1958, *Compagnie des Hauts Fourneaux de Chasse c. Haute Autorité de la C.E.C.A.*, 15/57, Rec. p. 159.

CJCE 13 juin 1958, *Meroni & Co., Industrie Metallurgische, S.P.A. c. Haute Autorité de la C.E.C.A.*, 9/56, Rec. p. 11.

CJCE 20 mars 1959, *Firme J. Nold K.G. c. Haute Autorité de la C.E.C.A.*, 18/57, Rec. p. 89.

CJCE 15 juillet 1960, *Gouvernement du Royaume des Pays-Bas c. Haute Autorité de la Communauté européenne du charbon et de l'acier*, 25/59, Rec. p. 727.

CJCE 19 décembre 1961, *Commission c. Italie*, 7/61, Rec. p. 633.

CJCE 5 février 1963, *N. V. Algemeine Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos c. Administration fiscale néerlandaise*, 26/62, Rec. p. 3.

CJCE 16 décembre 1963, *Macchiorlati Dalmas e Figli c. Haute Autorité de la C.E.C.A.*, 1/63, Rec. p. 615.

CJCE 31 mars 1965, *Macchiorlati Dalmas e Figli c. Haute Autorité de la C.E.C.A.*, 21/64, Rec. p. 227.

CJCE 13 juillet 1966, *Italie c. Cons. CE et Comm. CE*, 32/65, Rec. p. 564.

CJCE 2 mars 1967, *Simet et Feram c. Haute Autorité de la C.E.C.A.*, 25 et 26/67, Rec. p. 39.

CJCE, 3 avril 1968, *Firma Molkerei-Zentrale Westfalen-Lippe GmbH c. Hauptzollamt Paderborn*, 28/67, Rec. p. 212.

CJCE 9 juillet 1970, *Commission c. France*, 26/69, Rec. p. 565.

CJCE 6 octobre 1970, *Franz Grad c. Finanzamt Traunstein*, 9/70, Rec. p. 825.

CJCE 17 décembre 1970, *Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel c. Köster et Berodt & Co.*, 25/70, Rec. p. 1161.

CJCE 17 décembre 1970, *Spa SACE c. Ministère des finances de la République italienne*, 33/70, Rec. p. 1213.

CJCE 2 décembre 1971, *Zuckerfabrik Schöppenstedt*, 5/71, Rec., p. 975.

CJCE 13 juillet 1972, *Commission c. Italie*, 48/71, Rec. p. 529.

CJCE 25 octobre 1972, *R. & V. Haegeman c. Commission*, 96/71, Rec. p. 1005.

CJCE 12 décembre 1972, *International Fruit Company NV et autres c. Produktschap voor Groenten en Fruit*, aff. jointes 21 à 24/72, Rec. p. 1219.

CJCE 7 février 1973, *Commission c. Italie*, 39/72, Rec. p. 101.

CJCE 21 juin 1973, *Commission c. Italie*, 79/72, Rec. p. 667.

CJCE 12 juillet 1973, *Commission c. Allemagne*, 70/72, Rec. p. 813.

CJCE 10 octobre 1973, *F.lli Variola S.p.A. c. Administration des finances italienne*, 34/73, Rec. p. 981.

CJCE 4 avril 1974, *Commission c. France*, 167/73, Rec. p. 359.

CJCE 12 novembre 1974, *Friedrich Haaga GmbH*, 32/74, Rec. p. 1201.

CJCE 4 décembre 1974, *Yvonne Van Duyn c. Home Office*, 41/74, Rec. p. 1337.

CJCE 28 octobre 1975, *Roland Rutili c. Ministre de l'intérieur*, 36/75, Rec. p. 1219.

CJCE 26 février 1976, *Commission c. Italie*, 52/75, Rec. p. 277.

CJCE 8 avril 1976, *Royer*, 48/75, Rec. p. 497.

CJCE 20 mai 1976, *Impresa costruzioni comm. Quirino Mazzalà c. Ferrovia del Renon*, 111/75, Rec. p. 657.

CJCE 2 février 1977, *Amsterdam Bulb B.V. c. Produktschap voor Siergewassen*, 50/76, Rec. p. 137.

CJCE 16 mars 1977, *Commission c. France*, 68/76, Rec., p. 515.

CJCE 23 novembre 1977, *Enka c. Inspecteur der Invoerrechten en Accijnzen*, 38/77, Rec. p. 2203.

CJCE 9 mars 1978, *Administration des finances de l'État c. Société anonyme Simmenthal*, 106/77, Rec. p. 629.

CJCE 29 novembre 1978, *Knud Oluf Delkoist c. Anklagemyndigheden*, 21/78, Rec. p. 2327.

CJCE 6 mars 1979, *SpA Simmenthal c. Commission des Communautés européennes*, 92/78, Rec. p. 777.

CJCE 5 avril 1979, *Ministère public c. Tullio Ratti*, 148/78, Rec. p. 1629.

CJCE 12 juillet 1979, *Italie c. Conseil*, 166/87, p. 2575.

CJCE 18 mars 1980, *Commission c. Italie*, 91/79, Rec. p. 1099.

CJCE 18 mars 1980, *Commission c. Italie*, 92/79, Rec. p. 1115.

CJCE 6 mai 1980, *Commission c. Belgique*, 102/79, Rec. p. 1473.

CJCE 17 juin 1980, *Calpak et Società Emiliana Lavorazione Fruta*, 789/79 et 790/79, Rec. p. 1949.

CJCE 12 novembre 1981, *Amministrazione delle finanze dello Stato c. Srl. Meridionale Industria Salumi et autres, Ditta Italo Orlandi & Figlio et Ditta Vincenzo Divella c. Amministrazione delle finanze dello Stato*, 212/80 à 217/80, Rec. p. 2735.

CJCE 19 janvier 1982, *Ursula Becker c. Finanzamt Münster-Innenstadt*, 8/81, Rec. p. 53.

CJCE 2 février 1982, *Commission c. Belgique*, 68/81, Rec. p. 153.

CJCE 2 février 1982, *Commission c. Belgique*, 69/81, Rec. p. 163.

CJCE 2 février 1982, *Commission c. Belgique*, 70/81, Rec. p. 169.

CJCE 2 février 1982, *Commission c. Belgique*, 71/81, Rec. p. 175.

CJCE 2 février 1982, *Commission c. Belgique*, 72/81, Rec. p. 183.

CJCE 2 février 1982, *Commission c. Belgique*, 73/81, Rec. p. 189.

CJCE 25 mai 1982, *Commission c. Pays-Bas*, 96/81, Rec. p. 1791.

CJCE 26 octobre 1982, *Hauptzollamt Mainz contre C.A. Kupferberg & Cie KG a.A.*, 104/81, Rec. p. 3641.

CJCE 14 décembre 1982, *Waterkeyn*, aff. jointes 314, 316/81 et 3/82, Rec. p. 4337.

CJCE 15 mars 1983, *Commission c. Italie*, 145/82, Rec. p. 711.

CJCE 21 juin 1983, *Commission c. France*, 90/82, Rec. p. 2011.

CJCE 6 juillet 1993, *C.T. Control (Rotterdam) B.V. et J.C.T. Benelux c. Commission*, C-121/91 et C-122/91, Rec., I, p. 3873.

CJCE 22 septembre 1983, *Vincent Rodolphe Auer c. Ministère public*, 271/82, p. 2727.

CJCE 10 avril 1984, *Sabine von Colson et Elisabeth Kamann c. Land Nordrhein-Westfalen*, 14/83, Rec. p. 1891.

CJCE 28 mars 1985, *Commission c. Italie*, 274/83, Rec. p. 1077.

CJCE 23 mai 1985, *Commission c. République Fédérale d'Allemagne*, 29/84, Rec. p. 1661.

CJCE, 26 février 1986, *M. H. Marshall c. Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority (Teaching)*, 152/84, Rec. p. 723.

CJCE 26 février 1986, *Krohn & Co. Import-Export (GmbH & Co. KG) c. Commission*, 175/84, Rec. p. 753.

CJCE 20 mars 1986, *Commission c. Pays-Bas*, 72/85, Rec. p. 1219.

CJCE 23 avril 1986, *Parti écologiste « Les Verts » c. Parlement européen*, 294/83, Rec. p. 1339.

CJCE 15 mai 1986, *Johnston*, 222/84, Rec. p. 1651.

CJCE 15 octobre 1986, *Commission c. Italie*, 168/85, Rec. p. 2945.

CJCE 2 décembre 1986, *Commission c. Belgique*, 239/85, Rec. p. 3645.

CJCE 17 juin 1987, *Pretore di Salò c. X*, 14/86, Rec. p. 2545.

CJCE 9 avril 1987, *Commission c. Italie*, 363/85, Rec. p. 1733.

CJCE 30 septembre 1987, *Meryem Demirel c. Ville de Schwäbisch Gmünd*, 12/86, Rec. p. 3719.

CJCE 8 octobre 1987, *Procédure pénale contre Kolpinghuis Nijmegen BV*, 80/86, Rec. p. 3969.

CJCE 22 octobre 1987, *Foto-Frost c. Hauptzollamt Lübeck-Ost*, 314/85, Rec. p. 4225.

CJCE 4 février 1988, *Mary Murphy et autres c. An Bord Telecom Eireann*, 157/86, Rec. p. 673.

CJCE 3 mars 1988, *Commission c. Italie*, 116/86, Rec. p. 1323.

CJCE 27 avril 1988, *Commission c. France*, C-252/85, Rec. p. 2243.

CJCE 13 juillet 1988, *Commission c. France*, 169/87, Rec. p. 4093.

CJCE 13 juillet 1989, *Hubert Wachauf c. Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft*, 5/88, Rec. p. 2609.

CJCE 15 mars 1990, *Commission c. Pays-Bas*, C-339/87, Rec. p. 851.

CJCE 19 juin 1990, *The Queen c. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd et autres*, C-213/89, Rec., I, p. 2433.

CJCE 13 novembre 1990, *Marleasing SA c. La Comercial Internacional de Alimentación SA*, C-106/89, Rec., I, p. 4135.

CJCE 19 février 1991, *Commission c. Belgique*, C-374/89, Rec., I, p. 375.

CJCE 21 février 1991, *Zuckerfabrik Südderdithmarschen*, C-143/88 et C-92/89, Rec., I, p. 415.

CJCE 26 février 1991, *Commission c. Italie*, C-120/88, Rec., I, p. 621.

CJCE 26 février 1991, *Commission c. Espagne*, C-119/89, Rec., I, p. 641.

CJCE 26 février 1991, *Commission c. Grèce*, C-159/89, Rec., I, p. 691.

CJCE 28 février 1991, *Commission c. Allemagne*, C-131/88, Rec., I, p. 825.

CJCE 7 mai 1991, *Nakajima All Precision Co. Ltd c. Conseil des communautés européennes*, C-69/89, Rec., I, p. 2069.

CJCE 30 mai 1991, *Commission c. Allemagne*, C-361/88, Rec., I, p. 2567.

CJCE 18 juin 1991, *Elliniki Radiophonia Tileorassi (E.R.T.) A.E. c. Dimotiki Etaira Pliroforissis et Sotirios Kouvelas*, C-260/89, Rec., I, p. 2925.

CJCE 4 octobre 1991, *Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd c. Stephen Grogan et autres*, C-159/90, Rec., I, p. 4685.

CJCE 19 novembre 1991, *Andrea Francovich et Danila Bonifaci et autres c. République italienne*, aff. jointes C-6/90 et C-9/90, Rec., I, p. 5357.

CJCE 8 avril 1992, *Cato c. Commission*, C-55/90, Rec., I, p. 2533.

CJCE 8 avril 1992, *Commission c. Allemagne*, C-62/90, Rec., I, p. 2575.

CJCE 7 juillet 1992, *Parlement européen c. Conseil des Communautés européennes*, C-295/90, Rec., I, p. 4230.

CJCE 14 octobre 1992, *Commission c. Grèce*, C-65/91, Rec., I, p. 5245.

CJCE 27 octobre 1992, *Allemagne c. Commission*, C-240/90, Rec., I, p. 5383.

CJCE 6 juillet 1993, *C.T. Control (Rotterdam) B.V. et J.C.T. Benelux c. Commission*, C-121/91 et C-122/91, Rec., I, p. 3873.

CJCE 2 août 1993, *M. H. Marshall c. Southampton and South West Hampshire Area Health Authority*, dite « *Marshall II* », C-271/91, Rec., I, p. 4367

CJCE 29 juin 1993, *Gouvernement de Gibraltar c. Conseil des Communautés européennes*, C-298/89, Rec., I, p. 3605.

CJCE 17 novembre 1993, *Procédure pénale c. Coöperatieve Zuivelindustrie « Twee Provinciën » W.A.*, C-285/92, Rec., I, p. 6045.

CJCE 16 décembre 1993, *Teodoro Wagner Miret c. Fondo de garantía salarial*, C-334/92, Rec., I, p. 6911.

CJCE 24 mars 1994, *The Queen c. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte : Dennis Clifford Bostock*, C-2/92, Rec., I, p. 955.

CJCE 14 juillet 1994, *Paola Faccini Dori c. Recreb Srl.*, C-91/92, Rec., I, p. 3325.

CJCE 9 août 1994, *Bund Naturschutz in Bayern et autres*, C-396/92, Rec., I, p. 3717.

CJCE 5 octobre 1994, *République fédérale d'Allemagne c. Conseil de l'Union européenne*, C-280/93, Rec., I, p. 4973.

CJCE 24 janvier 1995, *Commission c. Pays-Bas*, C-359/93, Rec., I, p. 157.

CJCE 19 octobre 1995, *Hönig c. Stadt Stockach*, C-128/94, Rec., I, p. 3389.

CJCE 23 novembre 1995, *Asociación Española de Empresas de la Carne (Asocarne) c. Conseil de l'Union européenne*, C-10/95 P, Rec., I, p. 4149.

CJCE 7 décembre 1995, *Rockfon A/S c. Specialarbejderforbundet i Danmark (mandataire de Søren Nielsen et autres)*, C-449/93, Rec., I, p. 4291.

CJCE 7 décembre 1995, *Luigi Spano et autres c. Fiat Geotech SpA et Fiat Hitachi Excavators SpA*, C-472/93, Rec., I, p. 4321.

CJCE 5 mars 1996, *Brasserie du Pêcheur S.A. c. Bundesrepublik Deutschland et The Queen c. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd et autres, aff. jointes C-46/93 et C-48/93*, Rec., I, p. 1029.

CJCE 26 mars 1996, *The Queen c. H.M. Treasury, ex parte : British Telecommunications plc*, C-392/93, Rec., I, p. 1631.

CJCE 28 mars 1996, *Procédure pénale c. Rafael Ruiz Bernáldez*, C-129/94, Rec., I, p. 1829.

CJCE 30 avril 1996, *CIA Security International S.A. c. Signalson S.A. et Securitel S.P.R.L.*, C-194/94, Rec., I, p. 2201.

CJCE 2 mai 1996, *Commission c. Belgique*, C-133/94, Rec., I, p. 2323.

CJCE 10 septembre 1996, *Commission c. Allemagne*, C-61/94, Rec., I, p. 3989.

CJCE 26 septembre 1996, *Procédure pénale contre Luciano Arcaro*, C-168/95, Rec., I, p. 4705.

CJCE 8 octobre 1996, *Erich Dillenkofer et autres c. Bundesrepublik Deutschland*, C-178, 179 et 188 à 190/94, Rec., I, p. 4845.

CJCE 24 octobre 1996, *Aannemersbedrijf P. K. Kraaijeveld BV et autres c. Gedeputeerde Staten van Zuid-Holland*, C-172/95, Rec., I, p. 5403.

CJCE 12 décembre 1996, *Procédures pénales contre X*, aff. jointes C-74/95 et C-129/95, Rec., I, p. 6609.

CJCE 17 septembre 1997, *Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft mbH c. Bundesbaugesellschaft Berlin mbH*, C-54/96, Rec., I, p. 4961.

CJCE 11 novembre 1997, *Eurotunnel SA et autres c. SeaFrance*, C-408/95, Rec., I, p. 6315.

CJCE 27 novembre 1997, *Commission c. Allemagne*, C-137/96, Rec., I, p. 6749.

CJCE 4 décembre 1997, *Verband deutscher Daihatsu-Händler eV c. Daihatsu Deutschland GmbH*, C-97/96, Rec., I, p. 6843.

CJCE 18 décembre 1997, *Commission c. Espagne*, C-360/95, Rec., I, p. 7337.

CJCE 18 décembre 1997, *Inter-Environnement Wallonie ASBL c. Région wallonne*, C-129/96, Rec., I, p. 7411.

CJCE 24 septembre 1998, *Walter Tögel c. Niederösterreichische Gebietskrankenkasse*, C-76/97, Rec., I, p. 5357.

CJCE 24 septembre 1998, *EvoBus Austria GmbH c. Niederösterreichische Verkehrsorganisations GmbH*, C-111/97, Rec., I, p. 5411.

CJCE 3 décembre 1998, *Belgocodex S.A. c. État belge*, C-381/97, Rec., I, p. 8153.

CJCE 23 février 1999, *Bayerische Motorenwerke AG (BMW) et BMW Nederland BV c. Ronald Karel Deenik*, C-63/97, Rec., I, p. 905.

CJCE 19 mai 1999, *Commission c. France*, C-225/97, Rec., I, p. 3011.

CJCE 29 juin 1999, *Butterfly Music Srl. et Carosello Edizioni Musicali e Discografiche Srl. (C.E.M.E.D.)*, C-60/98, Rec., I, p. 3939.

CJCE 7 septembre 1999, *De Haan Beheer B.V. c. Inspecteur der Invoerrechten en Accijnzen te Rotterdam*, C-61/98, Rec., I, p. 5003.

CJCE 16 septembre 1999, *World Wildlife Fund (W.W.F.) et autres c. Autonome Provinz Bozen et autres*, C-435/97, Rec., I, p. 5613.

CJCE 23 novembre 1999, *Portugal c. Conseil de l'Union européenne*, C-149/96, Rec., I, p. 8395.

CJCE 18 mai 2000, *Procédure pénale c. Max Rombi et Arkopharma S.A., civilement responsable*, C-107/97, Rec., I, p. 3367.

CJCE 8 juin 2000, *Grunstückgemeinschaft Schloßestratze GbR c. Finanzamt Paderborn*, C-396/98, Rec., I, p. 4279.

CJCE 15 juin 2000, *Brinkmann Tabakfabriken GmbH c. Hauptzollamt Bielefeld*, C-365-98, Rec., I, p. 4619.

CJCE 27 juin 2000, *Oceano Grupo Editorial SA c. Roció Murciano Quintero et Salvat Editores SA c. José M. Sánchez Alcón Prades et autres*, aff. jointes C-240/98 à C-244/98, Rec., I, p. 4941.

CJCE 4 juillet 2000, *Laboratoires pharmaceutiques Bergaderm SA et Jean-Jacques Goupil c. Commission*, C-352/98, Rec., I, p. 5291.

CJCE 14 septembre 2000, *Renato Collino et Luisella Chiappero c. Telecom Italia SpA*, C-343/98, Rec., I, p. 6659.

CJCE 19 septembre 2000, *Luxembourg c. Berthe Linster et autres*, C-287/98, Rec., I, p. 6917.

CJCE 26 septembre 2000, *Unilever Italia SpA c. Central Food SpA*, C-443/98, Rec., I, p. 7535.

CJCE 5 octobre 2000, *Conseil de l'Union européenne c. Chvatal, et Loschl et CJCE*, C-432 P et 433/98 P, Rec., I, p. 8535.

CJCE 15 mars 2001, *Mazzoleni et Inter Surveillance Assistance S.A.R.L.*, C-165/98, Rec., I, p. 2189.

CJCE 3 mai 2001, *Verdonck et autres*, C-28/99, Rec., I, 3399.

CJCE 17 mai 2001, *Commission c. Italie*, C-159/99, Rec., I, p. 4007.

CJCE 31 mai 2001, *Sadam Zuccherifici, divisione della SECI-Società Esercizi Commerciali Industriali SpA et autres c. Conseil de l'Union européenne*, C-41/99 P., Rec., I, p. 4239.

CJCE 27 septembre 2001, *The Queen c. Secretary of State for the Home Department, ex parte : Wieslaw Gloszczuk et Elzbieta Gloszczuk*, C-63/99, Rec., I, p. 6369.

CJCE 11 octobre 2001, *Commission c. Pays-Bas*, C-254/00, Rec., I, p. 7567.

CJCE 15 novembre 2001, *Commission c. Italie*, C-49/00, Rec., I, p. 8575.

CJCE 12 septembre 2002, *Commission c. France*, C-152/00, Rec., I, p. 6973.

CJCE 16 janvier 2003, *Commission c. Pays-Bas*, C-205/01, Rec., I, p. 661.

CJCE 20 mars 2003, *Commission c. Allemagne*, C-135/01, Rec., I, p. 2837.

CJCE 10 avril 2003, *Commission c. France*, C-114/02, Rec., I, p. 3783.

CJCE 8 mai 2003, *Wählergruppe « Gemeinsam Zajedno/Birlikte Alternative und Grüne GewerkschafterInnen/UG » e.a.*, C-171/01, Rec., I, p. 4301.

CJCE 26 juin 2003, *Commission c. France*, C-233/00, Rec., I, p. 6625.

CJCE 30 septembre 2003, *Gerhard Köbler c. Autriche*, C-224/01, Rec., I, p. 10239.

CJCE 5 février 2004, *Rieser Internationale Transporte GmbH c. Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs- AG (Asfinag)*, C-157/02, Rec., I, p. 1477.

CJCE 1^{er} juillet 2004, *Elliniko Dimosio c. Nikolaos Tsapalos et Konstantinos Diamantakis*, aff. jointes C-361/02 et C-362/02, Rec., I, p. 6405.

CJCE 15 juillet 2004, *Syndicat professionnel coordination des pêcheurs de l'étang de Berre et de la région c. Électricité de France (E.D.F.)*, C-213/03, Rec., I, p.-7357.

CJCE 12 avril 2005, *Igor Simutenkov c. Ministerio de Educación y Cultura et Real Federación Española de Fútbol*, C-265/03, Rec., I, p. 2579.

CJCE 2 juin 2005, *Commission c. Irlande*, C-282/02, Rec., I, p. 4653.

CJCE 15 septembre 2005, *Cindu Chemicals et autres*, aff. jointes C-281/03 et C-282/03, Rec., I, p. 8069.

CJCE 6 décembre 2005, *ABNA Ltd et autres c. Secretary of State for Health et autres*, aff. jointes C-453/03, C-12/04 et C-149/04, Rec., I, p. 10423.

CJCE 10 janvier 2006, *The Queen, à la demande d'International Air Transport Association (I.A.T.A.) et European Low Fares Airline Association (E.L.F.A.A.) c. Department for Transport*, C-344/04, Rec., I, p. 403.

CJCE 12 janvier 2006, *Algemene Scheeps Agentuur Dordrecht B.V. c. Inspecteur der Belastingdienst - Douanedistrict Rotterdam*, C-311/04, Rec., I, p. 609.

CJCE 13 décembre 2007, *Asda Stores Ltd. c. Commissioners of Her Majesty's Revenue and Customs*, C-372/06, Rec. , I, p. 11223.

CJCE 3 juin 2008, *The Queen, à la demande d'International Association of Independent Tanker Owners (Intertanko) e.a. c. Secretary of State for Transport*, C-308/06, Rec., I, p. 4057.

CJCE 3 septembre 2008, *Yassin Abdullah Kadi et Al Barakaat International Foundation c. Conseil et Commission*, C-402/05 P et C-415/05 P, Rec., I, p. 6351.

CJCE 9 septembre 2008, *Fabbrica italiana accumulatori motocarri Montecchio SpA (F.I.A.M.M.) e.a. c. Conseil et Commission*, aff. jointes C-120/06 P et C-121/06 P, Rec., I, p. 6513.

CJUE 12 janvier 2010, *Colin Wolf c. Stadt Frankfurt am Main*, C-229/08, Rec., I, p. 1.

CJUE 12 janvier 2010, *Domnica Petersen c. Berufungsausschuss für Zahnärzte für den Bezirk Westfalen Lippe*, C-341/08, Rec., I, p. 47.

CJUE 15 janvier 2010, *Seda Küçükdeveci c. Swedex GmbH & Co. KG*, C-555/07, Rec., I, p. 365.

CJUE 1^{er} mars 2011, *Association belge des consommateurs test-achats ASBL et autres c. Conseil des ministres*, C-236/09, à paraître au Recueil.

CJUE 8 mars 2011, *Lesoochránárske zoskupenie V.L.K.*, C-240/09, à paraître au Recueil.

CJUE 21 décembre 2011, *Air Transport Association of America, American Airlines Inc., Continental Airlines Inc., United Airlines Inc. c. Secretary of State for Energy and Climate Change*, C-366/10, à paraître au Recueil.

Tribunal de première instance des Communautés européennes et Tribunal de première instance de l'Union européenne

TPICE, ord., 21 mai 1999, *Schiocchet c. Commission*, T-169/98 et T-170/98, non publiée.

TPICE 16 février 2000, *The Procter & Gamble Company c. Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (marques, dessins et modèles)*, T-122/99, Rec., II, p. 265.

TPICE 27 juin 2000, *Salamander AG, Una Fil City Revue GmbH, Alma Media Group, Davidoff c. Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, aff. jointes T-172/98, T-175/98 à T-177/98, Rec., II., p. 2487.

Juridictions internationales

Cour européenne des Droits de l'Homme

CEDH 27 juin 1968, *Wemhoff c. Allemagne*, n° 2122/64, Série A n° 7.

CEDH 21 février 1975, *Golder c. Royaume-Uni*, n° 4451/70, Série A n° 18.

CEDH 9 octobre 1979, *Airey c. Irlande*, n° 6289/73, Série A n° 32.

CEDH 17 juillet 2001, *Association Ekin c. France*, n° 39288/98.

CEDH, gde. ch., 8 juillet 2004, *Ilascu et autres c. Moldova et Russie*, n° 48787/99.

Cour permanente de justice internationale et Cour internationale de justice

CPJI 30 août 1924, *Concessions Mavrommatis en Palestine (Grèce c. Royaume-Uni)* Recueil des arrêts de la CPJI, Série A, n° 2.

CPJI, avis consultatif, 21 février 1925, *Échange des populations turques et grecques (Convention VI de Lausanne, 30 janvier 1923, article 2)*, Recueil des avis consultatifs de la CPJI, Série B, n° 10.

CPJI 25 mai 1926, *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise (Fond)*, Recueil des arrêts de la CPJI, Série A, n° 7.

CPJI 7 septembre 1927, *Affaire du S.S. Lotus (France c. Turquie)*, Recueil des arrêts de la CPJI, Série A, n° 10.

CPJI, avis consultatif, 3 mars 1928, *Compétence des tribunaux de Dantzig (réclamations pécuniaires des fonctionnaires ferroviaires dantzikois passés au service polonais contre Administration polonaise des chemins de fer)*, Recueil des avis consultatifs de la CPJI, Série B, n° 15.

CPJI 13 septembre 1928, *Usine de Chorzów (Allemagne c. Pologne)*, Fond, Recueil des arrêts de la CPJI, Série A, n° 17.

CIJ 24 mai 1980, *Affaire relative au personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran, (États-Unis d'Amérique c. Iran)*, Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances de la CIJ, p. 45.

CIJ 27 juin 2001, *LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique)*, Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances de la CIJ, p. 466.

Conseil constitutionnel

CC n° 67-31 DC, 26 janvier 1967, *Loi organique modifiant et complétant l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature*, Rec. p. 19.

CC n° 71-44 DC, 16 juillet 1971, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association*, Rec. p. 29.

CC n° 71-46 DC, 20 janvier 1972, *Loi organique modifiant certaines dispositions du titre II de l'ordonnance n° 58-998 du 24 octobre 1958 portant loi organique relative aux conditions d'éligibilité et aux incompatibilités parlementaires*, Rec. p. 21.

CC n° 73-51 DC, 27 décembre 1973, *Loi de finances pour 1974 et notamment de son article 62*, Rec. p. 25.

CC n° 75-56 DC, 23 juillet 1975, *Loi modifiant et complétant certaines dispositions de procédure pénale, spécialement le texte modifiant les articles 398 et 398-1 du code de procédure pénale*, Rec. p. 22.

CC n° 74-54 DC, 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse*, Rec. p. 19.

CC n° 76-94 L, 2 décembre 1976, *Nature juridique des dispositions de l'article 5 de la loi n° 75-1329 du 31 décembre 1975 codifié sous l'article L 72-1 du code électoral*, Rec. p. 67.

CC n° 77-90 DC, 30 décembre 1977, *Examen de la dernière loi de finances rectificative pour 1977 et, notamment, de son article 6*, Rec. p. 44.

CC n° 80-116 DC, 17 juillet 1980, *Loi autorisant la ratification de la convention franco-allemande additionnelle à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avril 1959*, Rec. p. 36.

CC n° 80-127 DC, 19 et 20 janvier 1981, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes*, Rec. p. 15.

CC n° 81-133 DC, 30 décembre 1981, *Loi de finance pour 1982*, Rec. p. 41.

CC n° 82-141 DC, 27 juillet 1982, *Loi sur la communication audiovisuelle*, Rec. p. 48.

CC n° 82-143 DC, 30 juillet 1982, *Loi sur les prix et les revenus, notamment ses articles 1, 3 et 4, dite « Blocage des prix »*, Rec. p. 57.

CC n° 82-144 DC, 22 octobre 1982, *Loi relative au développement des institutions représentatives du personnel*, Rec. p. 61.

CC n° 82-146 DC, 18 novembre 1982, *Loi modifiant le code électoral et le code des communes et relative à l'élection des conseillers municipaux et aux conditions d'inscription des Français établis hors de France sur les listes électorales*, Rec. p. 66.

CC n° 83-165 DC, 20 janvier 1984, *Loi relative à l'enseignement supérieur*, Rec. p. 30.

CC n° 84-181 DC, 10 et 11 octobre 1984, *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse*, Rec. p. 78.

CC n° 85-191 DC, 10 juillet 1985, *Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier*, Rec. p. 46.

CC n° 85-197 DC, 23 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*, Rec. p. 70.

CC n° 85-198 DC, 13 décembre 1985, *Loi modifiant la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 et portant diverses dispositions relatives à la communication audiovisuelle*, Rec. p. 78.

CC n° 86-210 DC, 29 juillet 1986, *Loi portant réforme du régime juridique de la presse*, Rec. p. 110.

CC n° 86-216 DC, 3 septembre 1986, *Loi relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*, Rec. p. 135.

CC n° 86-217 DC, 18 septembre 1986, *Loi relative à la liberté de communication*, Rec. p. 141.

CC n° 86-225 DC, 23 janvier 1987, *Loi portant diverses mesures d'ordre social*, Rec. p. 13.

CC n° 87-237, 30 décembre 1987, *Loi de finances pour 1988*, Rec. p. 63.

CC n° 87-234 DC, 7 janvier 1988, *Loi organique relative au contrôle du Parlement sur les finances des régimes obligatoires de sécurité sociale*, Rec. p. 26.

CC n° 89-271 DC, 11 janvier 1990, *Amnistie des parlementaires*, Rec. p. 21.

CC n° 89-269 DC, 22 janvier 1990, *Loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé, dite « Égalité entre Français et étrangers »*, Rec. p. 33.

CC n° 90-285 DC, 28 décembre 1990, *Loi de finances pour 1991*, Rec. p. 95.

CC n° 90-283 DC, 8 janvier 1991, *Loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme*, Rec. p. 11.

CC n° 91-294 DC, 25 juillet 1991, *Loi autorisant l'approbation de la convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes*, Rec. p. 91.

CC n° 92-305 DC, 21 février 1992, *Loi organique modifiant l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958*, Rec. p. 27.

CC n° 92-307 DC, 25 février 1992, *Loi portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*, Rec. p. 48.

CC n° 92-308 DC, 9 avril 1992, *Traité sur l'Union européenne*, Rec. p. 55.

CC n° 93-321 DC, 20 juillet 1993, *Loi réformant le code de la nationalité*, Rec. p. 196.

CC n° 93-325 DC, 12 et 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France, dite « Maîtrise de l'immigration »*, Rec. p. 224.

CC n° 94-352 DC, 18 janvier 1995, *Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité*, Rec. p. 170.

CC n° 94-359 DC, 19 janvier 1995, *Loi relative à la diversité de l'habitat*, Rec. p. 176.

CC n° 96-383 DC, 6 novembre 1996, *Loi relative à l'information et à la consultation des salariés dans les entreprises et les groupes d'entreprises de dimension communautaire, ainsi qu'au développement de la négociation collective*, Rec. p. 128.

CC n° 96-385 DC, 30 décembre 1996, *Loi de finances pour 1997*, Rec. p. 145.

CC n° 96-387 DC, 21 janvier 1997, *Loi tendant, dans l'attente du vote de la loi instituant une prestation d'autonomie pour les personnes âgées dépendantes, à mieux répondre aux besoins des personnes âgées par l'institution d'une prestation spécifique dépendance*, Rec. p. 23.

CC n° 97-388 DC, 20 mars 1997, *Loi créant les plans d'épargne retraite*, Rec. p. 31.

CC n° 97-393 DC, 18 décembre 1997, *Loi de financement de la Sécurité sociale pour 1998*, Rec. p. 320.

CC n° 98-401 DC, 10 juin 1998, *Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail*, Rec. p. 258.

CC n° 98-403 DC, 29 juillet 1998, *Loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions, dite « Taxe d'habitation »*, Rec. p. 276.

CC n° 98-407 DC, 14 janvier 1999, *Loi relative au mode d'élection des conseillers régionaux et des conseillers à l'Assemblée de Corse et au fonctionnement des conseils régionaux*, Rec. p. 21.

CC n° 98-408 DC, 22 janvier 1999, *Loi autorisant la ratification de la convention portant statut de la Cour pénale internationale*, Rec. p. 29.

CC n° 99-410 DC, 15 mars 1999, *Loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie*, Rec. p. 51.

CC n° 99-419 DC, 9 novembre 1999, *Loi relative au pacte civil de solidarité*, Rec. p. 116.

CC n° 99-421 DC, 16 décembre 1999, *Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de partie législative de certains codes, dite « Codification par ordonnances »*, Rec. p. 136.

CC n° 99-424 DC, 29 décembre 1999, *Loi de finances pour 2000*, Rec. p. 156.

CC n° 99-423 DC, 13 janvier 2000, *Loi relative à la réduction négociée du temps de travail*, Rec. p. 33.

CC n° 2000-429 DC, 30 mai 2000, *Loi tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, dite « Quotas par sexe III »*, Rec. p. 84.

CC n° 2000-435 DC, 7 décembre 2000, *Loi d'orientation pour l'outre-mer*, Rec. p. 164.

CC n° 2000-436 DC, 7 décembre 2000, *Loi relative à la solidarité et au renouvellement urbain*, Rec. p. 176.

CC n° 2001-455 DC, 12 janvier 2002, *Loi de modernisation sociale*, Rec. p. 49.

CC n° 2002-461 DC, 29 août 2002, *Loi d'orientation et de programmation pour la justice*, Rec. p. 204.

CC n° 2003-475 DC, 24 juillet 2003, *Loi portant réforme de l'élection des sénateurs*, Rec. p. 400.

CC n° 2003-483 DC, 14 août 2003, *Loi portant réforme des retraites*, Rec. p. 430.

CC n° 2003-485 DC, 4 décembre 2003, *Loi modifiant la loi n° 52-893 du 25 juillet 1952 relative au droit d'asile*, Rec. p. 455.

CC n° 2003-486 DC, 11 décembre 2003, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2004*, Rec. p. 467.

CC n° 2003-487 DC, 18 décembre 2003, *Loi portant décentralisation en matière de revenu minimum d'insertion et créant un revenu minimum d'activité*, Rec. p. 473.

CC n° 2004-492 DC, 2 mars 2004, *Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, Rec. p. 66.

CC n° 2004-494 DC, 29 avril 2004, *Loi relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social*, Rec. p. 91.

CC n° 2004-496 DC, 10 juin 2004, *Loi sur la confiance dans l'économie numérique*, Rec. p. 101.

CC n° 2004-497 DC, 1^{er} juillet 2004, *Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle*, Rec. p. 107.

CC n° 2004-499 DC, 29 juillet 2004, *Loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*, Rec. p. 126.

CC n° 2004-503 DC, 12 août 2004, *Loi relative aux libertés et responsabilités locales*, Rec. p. 144.

CC n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, Rec. p. 173.

CC n° 2004-510 DC, 20 janvier 2005, *Loi relative aux compétences du tribunal d'instance, de la juridiction de proximité et du tribunal de grande instance*, Rec. p. 41.

CC n° 2005-512 DC, 21 avril 2005, *Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école*, Rec. p. 72.

CC n° 2005-514 DC, 28 avril 2005, *Loi relative à la création du registre international français*, Rec. p. 78.

CC n° 2005-516 DC, 7 juillet 2005, *Loi de programme fixant les orientations de la politique énergétique*, Rec. p. 102.

CC n° 2005-528 DC, 15 décembre 2005, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2006*, Rec. p. 157.

CC n° 2006-535 DC, 30 mars 2006, *Loi pour l'égalité des chances*, Rec. p. 50.

CC n° 2006-540 DC, 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, Rec. p. 88.

CC n° 2006-543 DC, 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*, Rec. p. 120.

CC n° 2007-547 DC, 15 février 2007, *Loi organique portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer*, Rec. p. 60.

CC n° 2007-550 DC, 27 février 2007, *Loi relative à la modernisation de la diffusion audiovisuelle du futur*, Rec. p. 81.

CC n° 2008-564 DC, 19 juin 2008, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*, Rec. p. 313.

CC n° 2008-567 DC, 24 juillet 2008, *Loi relative aux contrats de partenariat*, Rec. p. 341.

CC n° 2009-577 DC, 3 mars 2009, *Loi relative à la communication audiovisuelle et au nouveau service public de la télévision*, Rec. p. 64.

CC n° 2009-578 DC, 18 mars 2009, *Loi de mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion*, Rec. p. 73.

CC n° 2009-595 DC, 3 décembre 2009, *Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, Rec. p. 206.

CC n° 2009-599 DC, 29 décembre 2009, *Loi de finance pour 2010*, Rec. p. 218.

CC n° 2010-605 DC, 12 mai 2010, *Loi relative à l'ouverture de la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*, Rec. p. 78.

CC n° 2010-3 QPC, 28 mai 2010, *Union des familles en Europe*, Rec. p. 97.

CC n° 2010-5 QPC, 18 juin 2010, *S.N.C. Kimberly Clark*, Rec. p. 114.

CC n° 2010-4/17 QPC, 22 juillet 2010, *M. Alain C. et autre*, Rec. p. 156.

CC n° 2010-28 QPC, 17 septembre 2010, *Association sportive Football Club de Metz*, Rec. p. 233.

CC n° 2010-33 QPC, 22 septembre 2010, *Société Esso SAF*, Rec. p. 245.

CC n° 2010-39 QPC, 6 octobre 2010, *Mmes Isabelle D. et Isabelle B.*, Rec. p. 264.

CC n° 2010-613, 7 octobre 2010, *Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*, Rec. p. 276, considérant 4 p. 277.

CC n° 2010-52 QPC, 14 octobre 2010, *Compagnie agricole de la Crau*, Rec. p. 283.

CC n° 2010-617 DC, 9 novembre 2010, *Loi portant réforme des retraites*, Rec. p. 310.

CC n° 2010-71 QPC, 26 novembre 2010, *Melle Danièle S.*, Rec. p. 343.

CC n° 2010-79 QPC, 17 décembre 2010, *M. Kamel D.*, Rec. p. 406.

CC n° 2010-622 DC, 28 décembre 2010, *Loi de finances pour 2011*, Rec. p. 416.

CC n° 2010-92 QPC, 28 janvier 2011, *Mme Corinne C. et autre*, J.O.R.F. du 29 janvier 2011, p. 1894.

CC n° 2010-98 QPC, 4 février 2011, *M. Jacques N.*, J.O.R.F. du 5 février 2011, p. 2355.

CC n° 2010-100 QPC, 11 février 2011, *M. Alban Salim B.*, J.O.R.F. du 11 février 2011 p. 2758.

CC n° 2011-119 QPC, 1^{er} avril 2011, *Mme Denise R. et autre*, J.O.R.F. du 2 avril 2011, p. 5895.

CC n° 2011-116 QPC, 8 avril 2011, *Michel Z. et autres*, J.O.R.F. du 9 avril 2011, p. 6361.

CC n° 2011-122 QPC, 29 avril 2011, *Syndicat C.G.T. et autre*, J.O.R.F. du 30 avril 2011, p. 7535.

CC n° 2011-123 QPC, 29 avril 2011, *M. Mohamed T.*, J.O.R.F. du 30 avril 2011, p. 7536.

CC n° 2011-126 QPC, 6 mai 2011, *Syndicat S.U.D. A.F.P.*, J.O.R.F. du 7 mai 2011, p. 7852.

CC n° 2011-135/140 QPC, 9 juin 2011, *M. Abdellatif B. et autre*, J.O.R.F. du 10 juin 2011, p. 9892.

CC n° 2011-136 QPC, 17 juin 2011, *Fédération nationale des associations tutélaires et autres*, J.O.R.F. du 18 juin 2011, p. 10458.

CC n° 2011-137 QPC, 17 juin 2011, *M. Zeljko S.*, J.O.R.F. du 18 juin 2011, p. 10459.

Tribunal des conflits

TC 8 février 1873, *Blanco*, Rec., 1 Suppl., p. 61, concl. L. DAVID.

TC 2 décembre 1991, *Préfet de Paris et Compagnie française d'assurance pour le commerce extérieur c. Compagnie financière C.I.C. et de l'Union européenne et autres*, Rec. p. 478.

TC 3 juillet 2000, *Garde des Sceaux, ministre de la justice c. Consorts Primau et Fosset*, Rec., Tables, p. 766.

Juridictions administratives

Conseil d'État

Années 1903 à 1949

CE 11 décembre 1903, *Commune de Gorre*, Rec. p. 770.

CE 4 août 1905, *Martin*, Rec. p. 749, concl. J. ROMIEU.

CE 30 novembre 1906, *Jacquin*, Rec. p. 880, concl. J. ROMIEU, p. 862.

CE 30 novembre 1906, *Jullien*, Rec. p. 881, concl. J. ROMIEU, p. 862.

CE 30 novembre 1906, *Cahen frères*, Rec. p. 882, concl. J. ROMIEU, p. 862.

CE 30 novembre 1906, *Société anonyme des chaussures Plet*, Rec. p. 882, concl. J. ROMIEU, p. 862.

CE 30 novembre 1906, *Jacob frères*, Rec. p. 883, concl. J. ROMIEU, p. 862.

CE 30 novembre 1906, *Dame Pratt*, Rec. p. 883, concl. J. ROMIEU, p. 862.

CE 30 novembre 1906, *Berthon*, Rec. p. 884, concl. J. ROMIEU, p. 862.

CE 30 novembre 1906, *Denis*, Rec. p. 884, concl. J. ROMIEU, p. 862.

CE 30 novembre 1906, *Rage-Roblot*, Rec. p. 884, concl. J. ROMIEU, p. 862.

CE 30 novembre 1906, *Hourmat*, Rec. p. 885, concl. J. ROMIEU, p. 862.

CE 30 novembre 1906, *Emmanuel Léon*, Rec. p. 885, concl. J. ROMIEU, p. 862.

CE 6 décembre 1907, *Compagnie des chemins de fer de l'Est et autres*, Rec. p. 913, concl. J. TARDIEU.

CE 29 mai 1908, *Poulin*, Rec. p. 580.

CE 7 août 1909, *Winkell*, Rec. p. 826, concl. J. TARDIEU.

CE 29 novembre 1912, *Boussuge et autres*, Rec. p. 1128, concl. L. BLUM.

CE 27 juin 1913, *Cornus*, Rec. p. 764.

CE 18 juillet 1913, *Syndicat national des chemins de fer de France et des colonies*, Rec. p. 875, concl. J. HELBRONNER.

CE, 28 juin 1918, *Heyriès*, Rec. p. 651.

CE, 8 août 1919, *Labonne*, Rec. p. 737.

CE 5 décembre 1924, *Légillon*, Rec. p. 985.

CE 26 décembre 1925, *Rodière*, Rec. p. 1065.

CE 10 janvier 1930, *Despujol*, Rec. p. 30.

CE Sect. 18 juillet 1930, *Sieur Rouché*, Rec. p. 771.

CE Sect. 6 février 1931, *Tardif*, Rec. p. 152.

CE 16 octobre 1931, *Dame Dufresne*, Rec. p. 879.

CE Sect. 3 novembre 1933, *Sieur Desreumeaux*, Rec. p. 993.

CE 22 novembre 1933, *Caisse régionale de crédit agricole mutuel d'Avignon*, p. 1072.

CE 22 décembre 1933, *Maurel*, Rec. p. 1226.

CE Ass. 19 janvier 1934, *Compagnie marseillaise de navigation à vapeur Fraissinet*, Rec. p. 98.

CE 6 juillet 1934, *Soc. Van Outryœ et autres*, Rec. p. 787.

CE Sect. 1^{er} mars 1935, *Platon*, Rec. p. 270.

CE Sect. 7 février 1936, *Jamart*, Rec. p. 172.

CE Sect. 24 juillet 1936, *Syndicat général de défense des grands vins de la Côte-d'Or*, Rec. p. 861.

CE Sect. 6 novembre 1936, *Sieur Arrighi*, Rec. p. 966.

CE Ass. 28 mai 1937, *Sieur Decerf*, Rec. p. 534.

CE 14 janvier 1938, *Société anonyme des produits laitiers « La Fleurette »*, Rec. p. 25.

CE Sect. 25 juillet 1947, *Société l'Alfa*, Rec. p. 344.

CE 23 novembre 1949, *Gaulard*, Rec. p. 497.

Années 1950 à 1969

CE Ass. 17 février 1950, *Ministre de l'agriculture c. Dame Lamotte*, Rec. p. 110.

CE Ass. 31 mars 1950, *Soc. mutualiste des professions libérales*, Rec. p. 212.

CE Ass. 7 juillet 1950, *Dehaene*, Rec. p. 426.

CE Sect. 9 mars 1951, *Société des concerts du conservatoire*, Rec. p. 151.

CE 22 juin 1951, *Hoeffel*, Rec. p. 365.

CE Sect. 13 juillet 1951, *Union des anciens militaires titulaires d'emplois réservés à la S.N.C.F.*, Rec. p. 403.

CE 30 mai 1952, *Dame Kirkwood*, Rec. p. 291.

CE 20 novembre 1953, *Fédération nationale des déportés et internés résistants et patriotes*, Rec. p. 511.

CE Ass. 29 janvier 1954, *Institution Notre-Dame du Kreisker*, Rec. p. 64.

CE Ass. 26 février 1954, *Département de la Guadeloupe*, Rec. p. 129.

CE Ass. 28 mai 1954, *Barel et autres*, Rec. p. 308.

CE 25 juin 1954, *Syndicat national de la meunerie à seigle*, Rec. p. 379.

CE 11 février 1955, *Crève Cœur et autres*, Rec. p. 86.

CE 18 janvier 1956, *S.N.C.F.*, Rec., Tables p. 609.

CE 18 janvier 1957, *Chatillon*, Rec. p. 39.

CE 7 juin 1957, *Condamine*, inédit au Recueil Lebon.

CE Sect. 22 novembre 1957, *Myrtoom Steamship et Cie*, Rec. p. 632.

CE Sect. 22 novembre 1957, *Compagnie de navigation Fraissinet*, Rec. p. 635.

CE Ass. 13 décembre 1957, *Barrot et autres*, Rec. p. 675.

CE Sect. 10 janvier 1958, *Sieur Bourgin*, Rec. p. 25.

CE 23 mai 1958, *Ministre de l'Éducation nationale*, Rec. p. 293.

CE 20 juin 1958, *Conseil central de la section « D » de l'Ordre national des pharmaciens*, Rec. p. 373.

CE 2 juillet 1958, *Fédération nationale des syndicats d'utilisateurs et transformateurs du lait*, Rec. p. 407.

CE 14 novembre 1958, *Ponard*, Rec. p. 554.

CE Sect. 26 juin 1959, *Syndicat général des ingénieurs conseils*, Rec. p. 394.

CE 23 octobre 1959, *Doublet*, Rec. p. 540.

CE Sect. 8 janvier 1960, *Laiterie Saint-Cyprien*, Rec. p. 10.

CE Sect. 12 février 1960, *Société Eky*, Rec. p. 101.

CE Sect. 25 mars 1960, *Boileau*, Rec. p. 234.

CE 15 juillet 1960, *Établissements Omer Decugis et autres*, Rec. p. 478.

CE 5 octobre 1960, *Secrétaire d'État aux P.T.T. c. Sieur Evrard*, Rec. p. 509.

CE 26 octobre 1960, *Ministre des Anciens Combattants et Victimes de la guerre c. Dame Mériot*, Rec. p. 556.

CE Sect. 2 décembre 1960, *Dame veuve Franc*, Rec. p. 666.

CE 6 janvier 1961, *Dame Perret*, Rec. p. 4.

CE Sect. 27 janvier 1961, *Sieur Vannier*, Rec. p. 60.

CE 10 mars 1961, *Union départementale des associations familiales de Haute-Savoie*, Rec. p. 172.

CE 17 mars 1961, *Groupement national des produits laitiers*, Rec. p. 194.

CE 13 octobre 1961, *Dame Blake*, Rec. p. 562.

CE Ass. 24 novembre 1961, *Fédération nationale des syndicats de police*, Rec. p. 658.

CE 24 janvier 1962, *Ministre de l'Information c. Soc. Radios Filtrex*, Rec. p. 54.

CE 13 juillet 1962, *Kevers-Pascalis*, Rec. p. 475.

CE 10 décembre 1962, *Société indochinoise des constructions électriques et mécaniques*, Rec. p. 676.

CE 23 janvier 1963, *Coumarassamy Vannier*, Rec. p. 44.

CE Sect. 26 avril 1963, *Sieur Laurent*, Rec. p. 247.

CE Sect. 29 mai 1964, *Boyreau et Laboille-Moresmau*, Rec. p. 104.

CE Sect. 10 juillet 1964, *Centre médico-pédagogique Beaulieu*, Rec. p. 399.

CE 20 novembre 1964, *Sieur Bonnec*, Rec. p. 565.

CE Ass. 27 novembre 1964, *Ministre des Finances c. Dame veuve Renard*, Rec. p. 590, concl. Y. GALMOT.

CE Sect. 12 mars 1965, *Syndicat national des médecins et dentistes conseils de la Sécurité sociale C.G.C. et autres et syndicat général des médecins conseils des Caisses de Sécurité sociale*, Rec. p. 166.

CE 7 avril 1965, *Secrétaire d'État au commerce extérieur c. Hurni*, Rec. p. 226.

CE Ass. 30 mars 1966, *Compagnie générale d'énergie radio-électrique*, Rec. p. 257.

CE Ass. 30 mars 1966, *Société Ignazio Messina*, Rec. p. 258.

CE Ass. 13 juillet 1966, *Syndicat unifié des techniciens de la radiodiffusion-télévision française et autres*, Rec. p. 495.

CE 5 octobre 1966, *Association pour la liberté d'expression à la radio et à la télévision*, Rec. p. 518.

CE Sect. 10 février 1967, *Société anonyme des Établissements Petitjean et autres*, Rec. p. 63.

CE Sect. 1^{er} mars 1968, *Syndicat général des Fabricants de semoules de France*, Rec. p. 149.

CE 15 mars 1968, *Sieurs Marty et Bernard*, Rec. p. 188.

CE 29 novembre 1968, *Tallagrand*, Rec. p. 607.

CE Sect. 23 mai 1969, *Société Distillerie Brabant et Cie*, Rec. p. 264, concl. N. QUESTIAUX.

Années 1970 à 1979

CE 22 avril 1970, *Association nationale des assistantes sociales et des assistants sociaux et autres*, Rec. p. 266.

CE 4 novembre 1970, *Sieur de Malglaive*, Rec. p. 635.

CE Sect. 4 décembre 1970, *Ministre de l'État chargé de la Défense nationale et ministre de l'Équipement et du Logement c. sieur Starr et British Commonwealth Insurance Company*, Rec. p. 734.

CE Sect. 11 décembre 1970, *Crédit Foncier de France c. Demoiselle Gaupillat et Dame Ader*, Rec. p. 750, concl. L. BERTRAND.

CE 16 décembre 1970, *Élection des délégués d'enseignement et de recherche à l'assemblée constitutive provisoire de l'Université de Limoges*, Rec. p. 766.

CE Ass. 7 mai 1971, *Sieur Joseph Rivière*, Rec. p. 331.

CE Ass. 28 mai 1971, *Ministre de l'Équipement et du Logement c. Fédération de défense des personnes concernées par le projet actuellement dénommé « Ville nouvelle Est »*, Rec. p. 410, concl. G. BRAIBANT.

CE Ass. 21 juillet 1972, *Sieur Saingery*, Rec. p. 555.

CE Sect. 26 janvier 1973, *Ville de Paris c. Sieur Driancourt*, Rec. p. 77.

CE Sect. 29 juin 1973, *Société Géa*, Rec. p. 454.

CE Ass. 10 mai 1974, *Barre et Honnet*, Rec., Tables, p. 276.

CE Sect. 29 novembre 1974, *Ministre des Finances c. Sieur Canino*, Rec. p. 597.

CE Ass. 14 février 1975, *Époux Merlin*, Rec. p. 110.

CE Ass. 2 mai 1975, *Sieur Mathis*, Rec. p. 279.

CE Sect. 29 octobre 1976, *Ministre des affaires étrangères c. conjoints Burgat*, Rec. p. 152.

CE Sect. 18 novembre 1977, *Société anonyme Entreprise J. Marchand*, Rec. p. 442, concl. FRANC.

CE 27 janvier 1978, *Association France Terre d'Asile*, Rec. p. 33.

CE Ass. 8 décembre 1978, *Groupement d'information des travailleurs immigrés (G.I.S.T.I.), Confédération française démocratique du travail (C.F.D.T.) et Confédération générale du travail (C.G.T.)*, Rec. p. 493, concl. P. DONDOUX.

CE Sect. 15 décembre 1978, *Manufacture française des pneumatiques Michelin*, Rec. p. 508.

CE Ass. 22 décembre 1978, *Ministre de l'Intérieur c. Cohn-Bendit*, Rec. p. 524.

CE Ass. 29 décembre 1978, *Darmont*, Rec. p. 542.

CE Sect. 1^{er} juin 1979, *Syndicat national des médecins chirurgiens des hôpitaux publics*, Rec. p. 261.

CE Sect. 22 juin 1979, *Fasbender et Ding*, Rec. p. 284.

Années 1980 à 1989

CE Ass. 18 janvier 1980, *Bargain*, Rec. p. 29.

CE 23 mai 1980, *Agence nationale pour l'amélioration de l'habitat (A.N.A.H.)*, Rec. p. 238.

CE 28 novembre 1980, *Société Sovincast*, Rec., Tables, p. 661.

CE 21 janvier 1981, *Henry et autres*, Rec., Tables, p. 557, p. 578, p. 961 et p. 962.

CE 25 février 1981, *Union nationale des syndicats français d'architectes*, Rec., Tables, p. 671.

CE Ass. 29 avril 1981, *Ordre des architectes*, Rec. p. 198.

CE Sect. 19 juin 1981, *M^{me} Carliez*, Rec. p. 274.

CE 20 novembre 1981, *Syndicat national des officiers mécaniciens de l'aviation civile*, p. 428.

CE 14 décembre 1981, *Traversac et autres*, n^{os} 22665, 25503 et 25504, inédit au Recueil Lebon.

CE Ass. 22 janvier 1982, *Butin*, Rec. p. 27.

CE Ass. 22 janvier 1982, *Ah Won*, Rec. p. 33.

CE 24 novembre 1982, *Confédération française démocratique du travail, et autres*, Rec. p. 393.

CE 21 octobre 1983, *S.A. General Motors France et autres*, Rec., Tables, p. 582, p. 590, p. 601, p. 792, et p.878.

CE Ass. 23 mars 1984, *Ministre du commerce extérieur c. Société Alivar*, Rec., p. 127.

CE 20 avril 1984, *Ministre délégué chargé du budget c. Melle Valton et autres*, Rec. p. 148.

CE 28 septembre 1984, *Association de défense du site du Lavandou Saint-Clair*, n^o 26334, inédit au Recueil Lebon.

CE 28 septembre 1984, *Confédération nationale des sociétés de protection des animaux de France et des pays d'expression française*, Rec., Tables, p. 481, p. 512, p. 514, et p. 682.

CE 7 décembre 1984, *Fédération française des sociétés de protection de la nature*, Rec. p. 410.

CE Ass. 8 mars 1985, *Garcia Henriquez*, Rec. p. 71.

CE 26 juin 1985, *Association trinitaine de défense de la pêche à pied et de l'environnement*, Rec. p. 207.

CE 25 juillet 1985, *Mme Blat*, Rec., Tables, p. 483 et p 680.

CE 27 septembre 1985, *Association France Terre d'Asile*, Rec. p. 263.

CE 13 décembre 1985, *Zakine*, Rec., Tables, p. 448, p. 515, p. 516, p. 740, et p. 750.

CE Sect. 18 avril 1986, *Société Les mines de potasse d'Alsace c. Province de la Hollande septentrionale et autres*, Rec. p. 116.

CE Sect. 6 juin 1986, *Fédération des fonctionnaires agents et ouvriers de la fonction publique et autre*, Rec. p. 158.

CE 9 juillet 1986, *Syndicat des commissaires de police et des hauts fonctionnaires de la police*, Rec., Tables, p. 586.

CE 12 novembre 1986, *Winterstein*, Rec., Tables, p. 338.

CE 19 novembre 1986, *Société Smanor*, Rec. p. 260.

CE 14 janvier 1987, *Association des ingénieurs des télécommunications et Vautrey*, Rec., Tables, p. 867.

CE 25 mars 1987, *Société anonyme X.*, n° 59394, inédit au Recueil Lebon.

CE 15 mai 1987, *Ordre des avocats à la cour de Paris*, Rec. p. 175.

CE Sect. 23 octobre 1987, *Société Nachfolger Navigation Compagny Ltd. et autres*, Rec. p. 319.

CE 16 mars 1988, *Ministre de l'intérieur et de la décentralisation c. Kanapathipillai*, Rec. p. 121.

CE Ass. 1^{er} avril 1988, *Bereciartua-Echarri*, Rec. p. 135.

CE 7 octobre 1988, *Rassemblement des opposants à la chasse, Fédération française des sociétés de protection de la nature, Ligue française pour la protection des oiseaux et Ligue française pour les droits de l'animal*, Rec. p. 271. française pour les droits de l'animal, Rec. p. 271.

CE 14 décembre 1988, *S.A. Gilbert Marine*, Rec. p. 444.

CE Ass. 3 février 1989, *Compagnie Alitalia*, Rec. p. 44.

CE Ass. 23 juin 1989, *Vériter*, Rec. p. 146, concl. D. LÉVIS.

CE 26 juin 1989, *Fédération des syndicats généraux de l'éducation nationale et de la recherche*, Rec. p. 152.

CE 26 juin 1989, *Électricité de France*, Rec., Tables, p. 559, p. 583, p. 590 et p. 599.

CE 21 juillet 1989, *Association des médecins pour le respect de la vie*, Rec. p. 163.

CE Ass. 20 octobre 1989, *Nicolo*, Rec. p. 190, concl. P. FRYDMAN.

CE Ass. 20 octobre 1989, *Roujansky*, n° 108303, inédit au Recueil Lebon.

CE Sect. 22 décembre 1989, *Ministre du Budget c. Cercle militaire mixte de la caserne Mortier*, Rec. p. 260.

Années 1990 à 1999

CE 19 janvier 1990, *Association « La télé est à nous »*, Rec. p. 9.

CE 7 mars 1990, *Union nationale des associations familiales (U.N.A.F.)*, Rec., Tables, p. 541.

750

CE 25 mai 1990, *Ministre de l'environnement et Fédération Rhône-Alpes de protection de la nature c. Fédération départementale des chasseurs de l'Isère et autres*, Rec. p. 133.

CE Ass. 29 juin 1990, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (G.I.S.T.I.)*, Rec. p. 171, concl. R. ABRAHAM.

CE 11 juillet 1990, *Société Stambouli Frères*, Rec. p. 214.

CE, 7 décembre 1990, *Ministre de l'éducation nationale c. Mme Buret*, Rec., Tables, p. 556, p. 806, et p. 823.

CE 9 janvier 1991, *Ministre du Budget c. Société coopérative « Caisse mobilière commerciale et industrielle »*, Rec. p. 7.

CE Sect. 11 janvier 1991, *S.A. « Morgane »*, Rec. p. 9.

CE Ass. 19 avril 1991, *Belgacem*, Rec. p. 152, concl. R. ABRAHAM.

CE Ass. 19 avril 1991, *Mme Babas*, Rec. p. 162, concl. R. ABRAHAM.

CE 17 mai 1991, *Quintin*, n° 100436, inédit au Recueil Lebon.

CE 18 juillet 1991, *Palazzi*, Rec. p. 276.

CE 18 octobre 1991, *Union Nationale de la propriété immobilière*, Rec. p. 338.

CE Ass. 13 décembre 1991, *N'kodia*, Rec. p. 439

CE Ass. 13 décembre 1991, *Préfet de l'Hérault c. Dakoury*, Rec. p. 441.

CE Sect. 24 janvier 1992, *Association des centres distributeurs Édouard Leclerc*, Rec. p. 39.

CE 26 février 1992, *Allain*, Rec., Tables, p. 659.

CE Ass. 28 février 1992, *Société Arizona Tobacco Products et S.A. Philip Morris France*, Rec. p. 78, concl. M. LAROQUE.

CE Ass. 28 février 1992, *S.A. Rothmans International France et S.A. Philip Morris France*, Rec. p. 81.

CE 8 juillet 1992, *Ville de Chevreuse*, Rec. p. 281.

CE Ass. 18 décembre 1992, *Préfet de la Gironde c. Mahmedi*, Rec. p. 446, concl. F. LAMY.

CE Sect. 29 janvier 1993, *Mme Bouilliez*, Rec. p. 15.

CE 9 avril 1993, *Société des auteurs des arts visuels – S.P.A.D.E.M.*, Rec. p. 108.

CE 18 juin 1993, *Institut français d'opinion publique (I.F.O.P.)*, Rec. p. 178.

CE 21 juin 1993, *Coz*, n° 48599, inédit au Recueil Lebon.

CE Ass. 29 juillet 1983, *Cibaud*, Rec. p. 322.

CE Ass. 15 octobre 1993, *Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et Gouverneur de la colonie royale de Hong-Kong*, Rec. p. 267, concl. C. VIGOUROUX.

CE Ass. 15 octobre 1993, *Mme Joy Davis-Aylor*, Rec. p. 283, concl. C. VIGOUROUX.

CE 3 décembre 1993, *Association des chasseurs et pêcheurs de la Bidassoa*, Rec. p. 338.

CE Ass. 29 avril 1994, *Haut commissaire de la République en Nouvelle-Calédonie*, Rec. p. 205.

CE Ass. 8 juillet 1994, *Confédération générale du travail (C.G.T.)*, Rec. p. 356.

CE 22 juillet 1994, *Chambre syndicale du transport aérien*, Rec., Tables, p. 731, p. 815, p. 820, p. 922 et p. 1208.

CE Sect. 7 octobre 1994, *Ministre de l'intérieur c. Melle Ponnudurai*, Rec. p. 437.

CE Ass. 2 décembre 1994, *Mme Agyepong*, Rec. p. 523, concl. M. DENIS-LINTON.

CE 14 décembre 1994, *Confédération helvétique*, Rec. p. 549.

CE 15 mai 1995, *Raut*, Rec., Tables, p. 610, p. 629 et p. 995.

CE 24 mai 1995, *Brunet*, n° 131990, inédit au Recueil Lebon.

CE Ass. 14 avril 1995, *Consistoire central des israélites de France*, Rec. p. 171, concl. Y. AGUILA.

CE Sect. 23 juin 1995, *S.A. Lilly France*, Rec. p. 257, concl. C. MAUGÜÉ.

CE 17 novembre 1995, *Union juridique Rhône-Méditerranée*, Rec. p. 412.

CE 8 décembre 1995, *Mouvement de défense des automobilistes*, Rec., Tables, p. 943 et p. 1052.

CE Ass. 20 décembre 1995, *Mme Vedel et M. Jannot*, Rec. p. 440.

CE 29 décembre 1995, *Société Sudfer*, Rec. p.465.

CE 3 avril 1996, *Traoré*, Rec. p. 113.

CE Ass. 15 avril 1996, *Union nationale des pharmacies et autres*, Rec. p. 127.

CE 13 mai 1996, *Commune de Franconville-la-Garenne*, Rec. p. 178.

CE 3 juillet 1996, *Paturel*, Rec. p. 256.

CE Sect. 26 juillet 1996, *Association lyonnaise de protection des locataires*, Rec. p. 293, concl. C. MAUGÜÉ.

CE Ass. 30 octobre 1996, *S.A. Cabinet Revert et Badelon*, Rec. p. 397.

CE Ass. 30 octobre 1996, *Ministre du Budget c. S.A. Jacques Dangeville*, Rec. p. 399.

CE 22 janvier 1997, *Société hôtelière de l'Anse heureuse*, n° 175215, inédit au Recueil Lebon.

CE 21 février 1997, *Calbo*, Rec., Tables, p. 1018.

CE Sect. 17 mars 1997, *Fédération nationale des syndicats du personnel des industries de l'énergie électrique, nucléaire et gazière*, Rec. p. 89.

CE Sect. 23 avril 1997, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (G.I.S.T.I.)*, Rec. p. 142, concl. R. ABRAHAM.

CE 30 avril 1997, *Association nationale pour l'éthique de la médecine libérale*, Rec., p. 174.

CE 21 mai 1997, *Dobler*, Rec., Tables, p. 1019.

CE Ass. 6 juin 1997, *Aquarone*, Rec. p. 206, concl. G. BACHELIER.

CE Sect. 20 juin 1997, *Kessai*, Rec. p. 251.

CE Sect. 9 juillet 1997, *Association Ekin*, Rec. p. 300.

CE 22 septembre 1997, *Melle Cinar*, Rec. p. 319.

CE 3 octobre 1997, *Association nationale d'assistance aux frontières pour les étrangers*, Rec. p. 327.

CE 10 octobre 1997, *Fédération nationale des experts-comptables*, Rec., Tables, p. 634 et p. 1050.

CE 29 décembre 1997, *Société Héli-Union*, Rec. p. 501.

CE Ass. 6 février 1998, *M. Tête et Association de sauvegarde de l'Ouest lyonnais*, Rec. p. 30, concl. H. SAVOIE.

CE 27 février 1998, *Syndicat national des personnels de l'Éducation surveillée – Protection judiciaire de la jeunesse*, n° 171055, inédit au Recueil Lebon.

CE 27 avril 1998, *Confédération des syndicats médicaux français et autres*, Rec. p. 180.

CE 11 mai 1998, *Melle Aldige*, Rec., Tables, p. 708.

CE Sect. 3 juillet 1998, *Bitouzet*, Rec. p. 288, concl. R. ABRAHAM.

CE 29 juillet 1998, *Comité national des interprofessions des vins et eaux-de-vie à appellation d'origine contrôlée*, Rec., Tables, p. 728 et p. 1150.

CE 28 septembre 1998, *Ferrari*, Rec., Tables, p. 801 et p. 1142.

CE Sect. 30 novembre 1998, *Fédération nationale de l'industrie hôtelière*, Rec. p. 450.

CE 30 novembre 1998, *Mme Rosenblatt et autres*, Rec., Tables, p.987.

CE 30 décembre 1998, *Chambre d'agriculture des Alpes-Maritimes et Centre départemental des jeunes agriculteurs des Alpes-Maritimes*, Rec. p. 516.

CE 24 février 1999, *Association de patients de la médecine d'orientation anthroposophique et autres*, Rec. p. 29.

CE Ass. 5 mars 1999, *Rouquette et autres*, Rec. p. 37.

CE 7 mai 1999, *Syndicat national des médecins biologistes et autres*, n° 190652, inédit au Recueil Lebon.

CE Sect. 2 juin 1999, *Meyet*, Rec. p. 160.

CE 30 juin 1999, *Guichard*, Rec. p. 218.

CE Sect. 3 décembre 1999, *Association ornithologique et mammalogique de Saône-et-Loire et Rassemblement des opposants à la chasse*, Rec. p. 379, concl. F. LAMY.

CE Sect. 3 décembre 1999, *Association ornithologique et mammalogique de Saône-et-Loire et Association France Nature environnement*, Rec. p. 381, concl. F. LAMY.

CE Ass. 3 décembre 1999, *Didier*, Rec. p. 399.

Années 2000 à 2002

CE 20 mars 2000, *Mayer et Richter*, n° 202295, inédit au Recueil Lebon.

CE 21 avril 2000, *Zaidi*, Rec. p. 159.

CE 5 mai 2000, *Pinault*, n° 205043, inédit au Recueil Lebon.

CE 21 juin 2000, *Weber et Centonze*, Rec. p. 281.

CE 5 juillet 2000, *Association nationale de défense des rapatriés et autres*, Rec., Tables, p. 811 et p. 1116.

CE 28 juillet 2000, *Jessua*, Rec. p. 237.

CE 28 juillet 2000, *Paulin*, Rec. p. 317.

CE 28 juillet 2000, *Association France Nature Environnement*, Rec. p. 322.

CE 6 octobre 2000, *Association Promouvoir et autres*, Rec. p 391.

CE 25 octobre 2000, *Mme Cucicea-Lamblot*, Rec. p. 460.

CE 6 novembre 2000, *Groupement d'information et de soutien des travailleurs immigrés (G.I.S.T.I.)*, Rec., Tables, p. 782 et p. 1031.

CE 27 novembre 2000, *Arthaud et autres*, n° 211088, inédit au Recueil Lebon.

CE, ord. réf., 15 décembre 2010, *Ministre de l'éducation nationale, de la recherche et de la vie associative*, n° 344729, précité.

CE 8 décembre 2000, *Commune de Breil-sur-Roya*, Rec. p. 582.

CE 8 décembre 2000, *Association Église de scientologie de Paris et Scientology International Reserves Trust*, Rec. p. 592.

CE 20 décembre 2000, *Géniteau*, Rec. p. 635.

CE 20 décembre 2000, *Conseil des industries françaises de défense*, Rec., Tables, p. 786, p. 789, p. 1141 et p. 1144.

CE 29 décembre 2000, *Syndicat national des masseurs-kinésithérapeutes rééducateurs*, Rec., Tables, p. 801 et p. 1209.

CE 10 janvier 2001, *Association France Nature Environnement*, Rec. p. 9.

CE, ord. réf., 12 janvier 2001, *Mme Hyacinthe*, n° 229039, Rec. p. 12.

CE, ord. réf., 24 janvier 2001, *Université Paris VIII Vincennes Saint-Denis*, n° 229501, Rec. p. 37.

CE, ord. réf., 24 février 2001, *Tibéri*, n° 230611, Rec. p. 85.

CE 9 mai 2001, *Entreprise personnelle de transports Freymuth*, Rec., Tables, p. 865, et p. 1151.

CE, ord. réf., 28 mai 2001, *Raut*, n° 230888, Rec., Tables, p. 1011, et p. 1126.

CE Ass. 29 juin 2001, *Vassilikiotis*, Rec. p. 303, concl. F. LAMY.

CE 29 juin 2001, *Société anonyme Banque Sud Améris*, Rec. p. 315.

CE, ord. réf., 6 juillet 2001, *Conseil national de l'Ordre des médecins*, n° 235050, Rec. p. 334.

CE 27 juillet 2001, *Coopérative de consommation des adhérents de la mutuelle assurance des instituteurs de France (C.A.M.I.F.)*, Rec. p. 401.

CE 27 juillet 2001, *Syndicat général de l'éducation nationale (S.G.E.N.)-C.F.D.T.*, Rec. p. 419.

CE 5 septembre 2001, *Préfet des Alpes-Maritimes c. Benkhnata*, Rec. p. 421.

CE 1^{er} octobre 2001, *Association nationale d'assistance aux frontières pour les étrangers (A.N.A.F.E.)*, Rec. p. 443.

CE, ord. réf., 22 octobre 2001, *Caillat, Maleczki et Smajlagic et association « Livry-Gargan Handball »*, n° 239194, Rec. p. 479.

CE, ord. réf., 30 octobre 2001, *Ministre de l'intérieur c. Mme Tliba*, n° 238211, Rec. p. 523.

CE 21 décembre 2001, *M. et Mme Hoffmann*, Rec. p. 653.

CE 13 février 2002, *Syndicat national Force ouvrière des personnels de préfecture*, Rec. p. 37.

CE 18 février 2002, *Mme Zheng*, n° 237308, inédit au Recueil Lebon.

CE 15 mars 2002, *Fédération nationale des syndicats autonomes F.N.S.A. P.T.T.*, Rec., Tables, p. 721.

CE 10 avril 2002, *S.A.R.L. Institut supérieur d'informatique et de management de l'informatique (I.M.I.)*, Rec., Tables, p. 647, p. 665, et p. 708.

CE 10 avril 2002, *Société des agrégés de l'université*, Rec., Tables, p. 592, p. 761 et p. 863.

CE, ord. réf., 3 mai 2002, *Association de réinsertion sociale du Limousin et autres*, n° 245697, Rec. p. 168.

CE Ass. 28 juin 2002, *Villemain*, Rec. p. 229.

CE Ass. 28 juin 2002, *Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie c. Société Schneider Electric*, Rec. p. 234.

CE 3 juillet 2002, *Gestas*, n° 223743, inédit au Recueil Lebon.

CE Sect. 20 juillet 2002, *Fédération C.F.D.T. Interco*, Rec. p. 269.

CE 29 juillet 2002, *Bouzid*, n° 234329, inédit au Recueil Lebon.

CE, ord. réf., 16 août 2002, *Feuillatey*, n° 249552, Rec. p. 309.

CE 30 septembre 2002, *Dupuy*, Rec., Tables, p. 921 et p. 933.

CE Sect. 18 décembre 2002, *Mme Duvignères*, Rec. p. 463, concl. P. FOMBEUR.

CE 30 décembre 2002, *Meyet*, Rec. p. 491.

CE, ord. réf., 30 décembre 2002, *Ministre de l'aménagement du territoire et de l'environnement c. Carminati*, n° 240430, Rec. p. 510.

Années 2003 à 2005

CE 10 janvier 2003, *Joorawon*, Rec. p. 1.

CE Sect. 29 janvier 2003, *Commune de Champagne-sur-Seine*, Rec. p. 17.

CE 7 février 2003, *Groupement d'information et de soutien des travailleurs immigrés (G.I.S.T.I.)*, Rec. p. 30.

CE 19 février 2003, *Société Auberge Ferme des Genêts*, Rec., Tables, p. 771, p. 896 et p. 897.

CE Ass. 5 mars 2003, *Union nationale des services publics industriels et commerciaux et autres*, Rec. p. 107.

CE 28 mai 2003, *Creton et autres*, Rec., Tables, p.646.

CE 30 juin 2003, *Mme Kamardine*, Rec. p. 294.

CE 9 juillet 2003, *Dorries*, Rec., Tables, p. 700 et p. 796.

CE 30 juillet 2003, *Association « Avenir de la langue française »*, Rec. p. 178.

CE Sect. 30 juillet 2003, *Groupement des éleveurs mayennais de trotteurs (G.E.M.T.R.O.T.)*, Rec. p. 346.

CE Sect. 30 juillet 2003, *Djaoui*, Rec. p. 349.

CE 30 juillet 2003, *Syndicat des avocats de France*, Rec. p. 358.

CE 3 octobre 2003, *Boonen*, Rec. p. 229.

CE 10 octobre 2003, *Commune Rilleux-La-Pape*, Rec., Tables, p. 789, p. 996, et p. 1024.

CE, ord. réf., 29 octobre 2003, *Société Techna S.A. et autres*, Rec. p. 422.

CE 19 novembre 2003, *Gestas c. Ministère de la jeunesse, de l'éducation nationale et de la recherche*, n° 250311, inédit au Recueil Lebon.

CE 24 novembre 2003, *Société National Farmers' Union*, Rec., Tables, p. 651, p. 699, et p. 705.

CE 12 décembre 2003, *Syndicat des commissaires et hauts fonctionnaires de la police nationale*, Rec. p. 506.

CE 14 janvier 2004, *Agence nationale pour l'indemnisation des Français d'outre-mer (A.N.I.F.O.M.) c. Taheraly*, Rec. p. 8.

CE 2 février 2004, *Fédération départementale des chasseurs de la Drome*, n° 250466, inédit au Recueil Lebon.

CE 11 février 2004, *Demas et autres*, Rec. p. 62.

CE 11 février 2004, *Schiocchet*, Rec. p. 65.

CE, ord. réf., 3 mars 2004, *Société Ploudalmezeau Breiz Avel*, n° 259001, Rec. p. 123.

CE 2 avril 2004, *Bisiaux*, n° 249482, inédit au Recueil Lebon

CE 3 mai 2004, *Comité anti-amiante Jussieu et Association Nationale de défense des victimes de l'amiante*, Rec. p. 193.

CE 28 juillet 2004, *Préfet de Police c. Nait Saada*, n° 253927, inédit au Recueil Lebon.

CE 29 octobre 2004, *Sueur et autres*, Rec. p. 393, concl. D. CASAS.

CE 29 décembre 2004, *Almayrac et autres*, Rec. p. 465.

CE 5 janvier 2005, *Melles Deprez et Baillard*, Rec. p. 1.

CE, ord. réf., 19 janvier 2005, *Chevalier*, n° 276562, Rec. p. 23.

CE Sect. 25 février 2005, *France Télécom*, Rec. p. 86.

CE Sect. 25 février 2005, *Mme Barbier*, Rec. p. 82.

CE, ord. réf., 14 mars 2005, *Gollnisch*, n° 278435, Rec. p. 103.

CE 11 avril 2005, *Association pour la promotion de l'odontologie libérale*, Rec. p. 146.

CE 20 avril 2005, *Association pour la protection des animaux sauvages et autres*, Rec., Tables, p. 975.

CE 20 avril 2005, *Société Bouygues*, Rec. p. 157.

CE 8 juillet 2005, *Syndicat national force ouvrière des personnels de préfecture*, n° 248707, inédit au Recueil Lebon.

CE 27 juillet 2005, *Association Bretagne Ateliers*, Rec. p. 350.

CE 27 juillet 2005, *Syndicat national des pharmaciens praticiens hospitaliers et praticiens hospitaliers universitaires et autres*, Rec., Tables, p. 722, p. 1057, et p. 1102.

CE 27 juillet 2005, *Syndicat des médecins anatomo-cyto-pathologistes français*, n° 272572, inédit au Recueil Lebon.

CE, ord. réf., 8 septembre 2005, *Garde des Sceaux, ministre de la Justice c. Bunel*, n° 284803, Rec. p. 388.

CE 26 septembre 2005, *Association « Collectif contre l'handiphobie »*, Rec. p. 391.

CE 28 septembre 2005, *Préfet du Gard*, n° 260485, inédit au Recueil Lebon.

CE Sect. 19 octobre 2005, *Confédération générale du travail (C.G.T.) et autres* (nos 283471, 284421, 284473, 284654, 285374), Rec. p. 430.

CE Sect. 19 octobre 2005, *Confédération générale du travail (C.G.T.) et autres* (nos 283892, 284472, 284555, 284654, 284718), Rec. p. 434.

CE, ord. réf., 21 octobre 2005, *Association Aides et autres*, n° 285577, Rec. p. 438.

CE 2 novembre 2005, *Société coopérative agricole Ax'ion*, Rec. p. 468.

CE, ord. réf., 21 novembre 2005, *Boisvert*, n° 287217, Rec. p. 517.

CE, ord. réf., 9 décembre 2005, *Mme Allouache et autres*, n° 287777, Rec. p. 562.

CE Ass. 16 décembre 2005, *Ministre des Affaires sociales, du Travail et de la Solidarité et Syndicat national des huissiers de justice*, Rec. p. 570, concl. J.-H. STAHL.

CE Sect. 16 décembre 2005, *Société Friadent France*, Rec. p. 580.

CE, ord. réf., 16 décembre 2005, *M. A. et Association Forum Réfugiés*, n° 287905, inédit au Recueil Lebon.

CE 28 décembre 2005, *Syndicat d'agglomération nouvelle Ouest-Provence*, Rec. p. 588.

CE 28 décembre 2005, *Association citoyenne intercommunale des populations concernées par le projet d'aérodrome de Notre-Dame-des-Landes*, Rec., Tables, p. 690, p. 809, p. 1007, p. 1060, et p. 1142.

CE 28 décembre 2005, *Préfet de Haute-Savoie c. Burkan*, n° 274204, inédit au Recueil Lebon.

CE 28 décembre 2005, *Mme Massouda*, n° 275453, inédit au Recueil Lebon.

Années 2006 à 2008

CE 8 mars 2006, *Onesto et autres*, Rec. p. 113.

CE Ass. 24 mars 2006, *Société KPMG et Société Ernst & Young et autres*, Rec. p. 154.

CE 5 avril 2006, *Mme Dupont et autres*, Rec., Tables, p. 1042, p. 1104 et p. 1114.

CE 6 avril 2006, *Ligue pour la protection des oiseaux, Association Convention vie et nature pour une écologie radicale, Association France nature environnement, Ligue pour la préservation de la faune sauvage et la défense des non-chasseurs, et Association pour la protection des animaux sauvages*, n° 283103, inédit au Recueil Lebon.

CE, ord. réf., 9 mai 2006, *Fédération transpyrénéenne des éleveurs de montagne et autres*, n° 292398, Rec. p. 236.

CE 7 juin 2006, *Association AIDES et autres*, Rec. p. 282.

CE 19 juin 2006, *Association eau et rivières de Bretagne*, Rec., Tables, p. 703 et p. 956.

CE Sect. 18 juillet 2006, *Groupement d'information et de soutien des travailleurs immigrés (G.I.S.T.I.)*, Rec. p. 353, concl. L. VALLÉE.

CE, ord. réf., 19 juillet 2006, *Khamallah*, n° 294906, Rec., Tables, p. 1012.

CE 27 juillet 2006, *Association « Avenir de la langue française »*, Rec. p. 379.

CE 4 août 2006, *Comité de réflexion, d'information et de lutte anti-nucléaire (C.R.I.L.A.N.) et association « Le réseau Sortir du nucléaire »*, Rec. p. 382.

CE Sect. 27 octobre 2006, *Société Techna S.A. et autres*, Rec. p. 451.

CE 10 novembre 2006, *Association de défense du Rizzanese et son environnement et autres*, Rec., Tables, p. 879, p. 880, p. 884 et p. 957.

CE 15 novembre 2006, *Syndicat mixte du Parc naturel régional de la montagne de Reims*, Rec., Tables, p. 702 et p. 960.

CE Sect. 13 décembre 2006, *Mme Lacroix*, Rec. p. 540, concl. M. GUYOMAR.

CE 29 décembre 2006, *Mme Magroune*, n° 284467, inédit au Recueil Lebon.

CE 24 janvier 2007, *Baratelli*, n° 286666, inédit au Recueil Lebon.

CE, ord. réf., 7 février 2007, *Ligue des droits de l'homme et autres*, n° 292607, Rec. p. 47.

CE Ass. 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*, Rec. p. 55, concl. M. GUYOMAR.

CE Ass. 8 février 2007, *Gardedieu*, Rec. p. 78, concl. L. DEREPAS.

CE 11 mai 2007, *Mme Pierres*, Rec. Tables p. 669, p. 960 et p. 1032.

CE, ord. réf., 11 mai 2007, *Association interdépartementale et intercommunale protection lac Sainte-Croix, son environnement, lacs, sites et villages du Verdon*, n° 305427, inédit au Recueil Lebon.

CE Sect., Avis, 4 juin 2007, *Lagier et Consorts Guignon*, Rec. p. 228.

CE 6 juin 2007, *Commune de Groslay et autres*, Rec. p. 237.

CE Sect. 22 juin 2007, *Lesourd*, Rec. p. 253, concl. T. OLSON.

CE Ass. 16 juillet 2007, *Société Tropic travaux signalisation Guadeloupe*, Rec. p. 360, concl. D. CASAS.

CE 25 juillet 2007, *Lowinski*, n° 292730, inédit au Recueil Lebon.

CE 25 juillet 2007, *Bourgeois*, n° 292731, inédit au Recueil Lebon.

CE 25 juillet 2007, *Dujancourt*, n° 292732, inédit au Recueil Lebon.

CE 25 juillet 2007, *Deroeux*, n° 292733, inédit au Recueil Lebon.

CE 25 juillet 2007, *Quilici*, n° 292734, inédit au Recueil Lebon.

CE 25 juillet 2007, *Moussin*, n° 292735, inédit au Recueil Lebon.

CE 25 juillet 2007, *Jolly*, n° 292736, inédit au Recueil Lebon.

CE 25 juillet 2007, *Di Benedetto*, n° 292737, inédit au Recueil Lebon.

CE 25 juillet 2007, *Faugoult*, n° 292738, inédit au Recueil Lebon.

CE 25 juillet 2007, *Hellequin*, n° 292739, inédit au Recueil Lebon.

CE 26 octobre 2007, *Tissot et autres*, n° 299883, inédit au Recueil Lebon.

CE 26 octobre 2007, *U.F.C. que choisir de la Côte d'Or*, n° 291109, inédit au Recueil Lebon.

CE 9 novembre 2007, *Ligue pour la préservation de la faune sauvage et la défense des non-chasseurs*, Rec., Tables, p. 631.

CE Ass. 14 décembre 2007, *Département de la Charente-Maritime*, Rec. p. 472.

CE 11 janvier 2008, *Lesage et de Bouard*, Rec. p. 1.

CE 7 mars 2008, *Gruny*, n° 299240, inédit au Recueil Lebon.

CE 19 mars 2008, *Commune de Binningen*, n° 297860, inédit au Recueil Lebon.

CE 21 mars 2008, *Société Megaron*, Rec., Tables, p. 594, p. 595, et p. 961.

CE Sect. 10 avril 2008, *Conseil national des barreaux et autres et Conseil des barreaux européens*, Rec. p. 130, concl. M. GUYOMAR.

CE 18 juin 2008, *Gestas*, Rec. p. 230.

CE 18 juin 2008, *Landes*, Rec., Tables, p. 571, p. 580 et p. 615.

CE Sect. 31 octobre 2008, *Section française de l'observatoire international des prisons*, Rec. p. 374, concl. M. GUYOMAR.

CE Sect. 11 décembre 2008, *Association de défense des droits des militaires*, Rec. p.452.

CE 17 décembre 2008, *Section française de l'observatoire international des prisons*, Rec. p. 463.

CE 18 décembre 2008, *Commune de Conflans-Sainte-Honorine*, n° 307434, inédit au Recueil Lebon.

CE 18 décembre 2008, *Collectif pour la protection des riverains de l'autoroute A184*, n° 310027, inédit au Recueil Lebon.

Années 2009 à 2012

CE 12 janvier 2009, *Association France Nature environnement*, n° 289080, inédit au Recueil Lebon.

CE 19 février 2009, *Nagiec*, n° 313824, inédit au Recueil Lebon.

CE 23 février 2009, *Fédération transpyrénéenne des éleveurs de montagne et autres*, Rec., Tables, p. 597, p. 846 et p. 914.

CE 4 mars 2009, *Association de défense des droits des militaires*, n° 315584, inédit au Recueil Lebon.

CE 13 mars 2009, *Coppa*, n° 319916, inédit au Recueil Lebon.

CE, ord. réf., 23 mars 2009, *Ministre de l'immigration, de l'intégration, de l'identité nationale et du développement solidaire c. M. Gaghiév et Mme Gaghieva*, n° 325884, Rec., Tables, p. 789.

CE 1^{er} avril 2009, *Communauté urbaine de Bordeaux, société Keolis*, Rec. p. 110.

CE Ass. 8 avril 2009, *Hollande et Mathus*, Rec. p. 140, concl. C. DE SALINS.

CE 23 avril 2009, *Association France nature environnement, Association Greenpeace France, Réseau Sortir du nucléaire et Comité de réflexion, d'information et de lutte anti-nucléaire*, n° 306242, inédit au Recueil Lebon.

CE 6 mai 2009, *Association FNATH, Association des accidents de la vie, Association nationale de défense des victimes de l'amiante*, Rec. p. 185.

CE 15 mai 2009, *Pisonero Alonso*, n° 315099, inédit au Recueil Lebon.

CE 29 mai 2009, *Association citoyenne intercommunale des populations concernées par le projet d'aéroport de Notre-Dame-des-Landes*, n° 297522, inédit au Recueil Lebon.

CE 8 juillet 2009, *Commune de Saint-Dié des Vosges et autres*, Rec. p. 255.

CE 8 juillet 2009, *Confédération générale du travail et autres*, Rec., Tables, p. 609, p. 819, et p. 914.

CE 8 juillet 2009, *Commune de Nogent-le-Rotrou et autres*, n°319066, inédit au Recueil Lebon.

CE 24 juillet 2009, *Comité de recherche et d'information indépendantes sur le génie génétique CRII GEN*, Rec. p. 294.

CE 24 juillet 2009, *Société France restauration rapide*, n° 321608, inédit au Recueil Lebon.

CE Sect. 27 juillet 2009, *Ministre d'État, ministre de l'écologie, de l'énergie, du développement durable et de l'aménagement du territoire c. Société coopérative agricole Ax'ion*, Rec., Tables, p. 847 et p. 936.

CE 27 juillet 2009, *Compagnie agricole de la Crau*, Rec., Tables, p. 602, p. 603, p. 606, et p. 688.

CE 27 juillet 2009, *Comité interprofessionnel des vins de champagne*, n° 301385, inédit au Recueil Lebon.

CE, ord. réf., 17 septembre 2009, *Ministre de l'immigration, de l'intégration, de l'identité nationale et du développement solidaire c. Salah*, n° 331950, Rec. p. 354.

CE 2 octobre 2009, *Union syndicale Solidaires Isère*, Rec., Tables, p. 655, et p. 970.

CE Ass. 30 octobre 2009, *Mme Perreux*, Rec. p. 408, concl. M. GUYOMAR.

CE 30 décembre 2009, *Département de la Seine-Saint-Denis et département de Saône-et-Loire*, Rec., Tables, p. 616, p. 618 et p. 940.

CE 19 février 2010, *Molline et autres*, Rec. p. 20.

CE 12 mars 2010, *Département du Calvados*, n° 307443, inédit au Recueil Lebon.

CE 17 mars 2010, *Association Alsace nature et autres*, Rec., Tables, p. 672 et p. 862.

CE 19 mars 2010, *Syndicat national des officiers de police*, n° 317225, inédit au Recueil Lebon.

CE 9 avril 2010, *M. Joël A.*, n° 328051, inédit au Recueil Lebon.

CE 16 avril 2010, *Association Alcaly et autres*, Rec., Tables, p. 810, p. 831, p. 861, et p. 947.

CE 12 mai 2010, *Société Roche*, Rec. p. 162.

CE 11 juin 2010, *Syndicat SUD R.A.T.P.*, Rec., Tables, p. 606, p. 798, p. 819, et p. 1003.

CE 25 juin 2010, *Mortagne*, Rec. p. 217.

CE, ord. réf., 6 juillet 2010, *Mme Vais*, n° 340848, inédit au Recueil Lebon.

CE Ass. 9 juillet 2010, *Mme Chériet-Benseghir*, Rec. p. 251, concl. G. DUMORTIER.

CE 10 juillet 2010, *Compagnie agricole de la Crau*, n° 322419, inédit au Recueil Lebon.

CE 19 juillet 2010, *Association du quartier « Les Hauts de Choiseul »*, Rec. p. 333.

CE 19 juillet 2010, *Cauvin et autres*, Rec., Tables, p. 933 et p. 1012.

CE 23 juillet 2010, *Association pour la protection des animaux sauvages et Association France Nature environnement*, n° 324320, inédit au Recueil Lebon.

CE Sect. 8 octobre 2010, *Daoudi*, Rec. p. 371.

CE 8 octobre 2010, *Sabatier*, Rec., Tables, p. 707.

CE 22 octobre 2010, *Société Document Channel*, n° 330216, inédit au Recueil Lebon.

CE 3 novembre 2010, *Mme Le Fur*, Rec., Tables, p. 862 et p. 943.

CE, ord. réf., 19 novembre 2010, *Ministre de l'intérieur c. Panokheel*, n° 344286, Rec. p. 446.

CE, ord. réf., 22 novembre 2010, *Ministre de l'intérieur c. Sonko*, n° 344373, Rec., Tables, p. 641 et p. 902.

CE 26 novembre 2010, *Cachard*, Rec., Tables, p. 952.

CE 10 décembre 2010, *Conférence nationale des présidents des Unions régionales de médecins libéraux*, n° 342148, inédit au Recueil Lebon.

CE, ord. réf., 15 décembre 2010, *Ministre de l'éducation nationale, de la recherche et de la vie associative c. M. et Mme Peyrilhé*, n° 344729, Rec. p. 500.

CE 23 décembre 2010, *Association Aides, Association des familles victimes du saturnisme (A.F.V.S.), Comité médical pour les exilés (C.O.M.E.D.E.) et Groupement d'information et de soutien des travailleurs immigrés (G.I.S.T.I.)*, Rec., Tables, p. 774 et p. 991.

CE Sect. 30 décembre 2010, *Ministre du logement et de la ville*, Rec. p. 533, concl. G. DUMORTIER.

CE 11 février 2011, *Melle Susilawita*, Rec. p. 36.

CE 23 février 2011, *Société Alma consulting S.A.S., Société Star's service S.A., Société Alten S.A.*, n° 342972, inédit au Recueil Lebon.

CE, avis, 21 mars 2011, *Jin et Thiero*, nos 345978 et 346612, Rec. p. 93.

CE 28 mars 2011, *Collectifs contre les nuisances du T.G.V. de Chasseneuil-du-Poitou et de Migré-Auxances*, n° 330256, à paraître aux Tables du Recueil Lebon.

CE 4 avril 2011, *Casanovas*, n° 335193, inédit au Recueil Lebon.

CE, ord. réf., 15 avril 2011, *Mme Ziane*, n° 348338, Rec. p. 162.

CE 13 juillet 2011, *Gruny*, n° 322268, à paraître aux Tables du Recueil Lebon.

CE 24 août 2011, *Association Vaincre l'autisme*, n° 332876, inédit au Recueil Lebon.

CE Sect. 14 octobre 2011, *Mme Om Hashem Saleh et autres*, n° 329788, à paraître au Recueil Lebon.

CE 16 novembre 2011, *Société Ciel et terre et autres*, n° 344972, à paraître aux Tables du Recueil Lebon.

CE Ass. 23 décembre 2011, *Eduardo José Kandyrine de Brito Paiva*, n° 303678, à paraître au Recueil Lebon.

CE, ord. réf., 10 février 2012, *Karamoko Fofana*, n° 356456, à paraître aux Tables du Recueil Lebon.

CE Ass. 11 avril 2012, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (G.I.S.T.I.) et Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement (F.A.P.I.L.)*, n° 322326, à paraître au Recueil Lebon.

Cours administratives d'appel

CAA Paris 8 octobre 2003, *Mme Demaret*, n° 02PA00651, inédit au Recueil Lebon.

CAA Nancy 4 décembre 2003, *Commune de Verdun*, n° 98NC02526, inédit au Recueil Lebon.

CAA Marseille 30 juin 2008, *Krikorian et autres*, n° 06MA00751, Rec., Tables, p. 572 et p. 907.

CAA Nantes, ord. réf., 29 août 2008, *M. G. M.*, n° 08NT01819, inédit au Recueil Lebon.

CAA Bordeaux, 26 janvier 2009, *Dahon*, n° 08BX01953, inédit au Recueil Lebon.

Tribunaux administratifs

TA Nice 26 octobre 1989, *Mme Maestri*, Rec., Tables, p. 434, p. 984 et p. 1002.

TA Lyon, ord. réf., 23 mai 2003, *Murzeau*, n° 0301752, inédit au Recueil Lebon.

TA Châlons-en-Champagne, 29 avril 2005, *Conservatoire patrimoine Champagne Ardenne*, n° 0500828, inédit au Recueil Lebon.

TA Marseille, 18 mai 2006, *Comité sauvegarde Clarency-Valensol*, n° 0603291, inédit au Recueil Lebon.

TA Montreuil 20 janvier 2011, *Jin*, n° 1100323, inédit au Recueil Lebon.

TA Marseille 2 février 2011, *Benberkat*, n° 1100605, inédit au Recueil Lebon.

TA Marseille 4 février 2011, *Agoujl*, n° 1100699, inédit au Recueil Lebon.

Juridictions judiciaires

Cass. crim. 11 mai 1833, S., I, p. 357.

Cass. civ. 24 juin 1839, *Napier et autres c. Richmond*, S., I, p. 577.

Cass. civ. 22 décembre 1931, *Sanchez c. Gozland*, S., 1932, I, p. 257.

Cass. civ. 18 mars 1952, *Bigot c. demoiselle Bigot, D.*, p. 417.

Cass. civ. 2^e 20 décembre 1956, Bull. civ., n° 714.

Cass. ch. mixte 24 mai 1975, n° 73-13.556, *Administration des douanes c. Société Cafés Jacques Vabre et Société J. Weigel et Cie*, Bull. Ch. mixte, n° 4.

Cass. civ. 1^{ère} 6 mars 1979, n° 77-14.827, *Banque Scalbert-Dupont c. Société civile immobilière Fabille*, Bull. civ. I, n° 81.

Cass. com. 19 janvier 1981, n° 79-14.485, *S.A. Garage de la Méditerranée c. S.A. Esso*, Bull. civ. IV, n° 34.

Cass. soc. 3 juin 1981, n° 79-17.157, *M. X. c. Assurances générales de France*, Bull. civ. V, n° 490.

Cass. crim. 26 novembre 1985, n° 85-94.707, *Murillo-Rayego*, Bull. crim., n° 376.

Cass. soc. 4 mars 1987, n° 84-11.751, *U.R.S.S.A.F. du Bas-Rhin c. Levy*, Bull. civ. V, n° 104.

Cass. crim. 1^{er} février 1990, n° 89-80.673, *Devauchelle*, Bull. crim. n° 56.

Cass. crim. 15 octobre 1991, n° 90-86.791, inédit au Bulletin criminel.

Cass. civ. 1^{ère} 10 mars 1993, n° 91-11.310, *Lejeune*, Bull. civ. I, n° 103.

Cass. crim. 6 avril 1993, n° 92-82.655, *Guilbert*, Bull. crim. n° 141.

Cass. civ. 1^{ère} 15 juillet 1993, n° 92-05.515 et n° 91-18.735 (deux espèces), *M. X. c. l'A.S.E. du Val-de-Marne*, et *M. Y. c. Mme Z.*, Bull. civ. I, n° 259.

Cass. soc., 13 juillet 1994, n° 93-10.891, *Caisse primaire d'assurance maladie de Seine-et-marne c. Ponnau et autre*, Bull. civ. V, n° 236.

Cass. com. 21 février 1995, n° 93-15.387, *Société United Distillers France et autres c. Agent judiciaire du Trésor public et autre*, Bull. civ. IV, n° 52.

Cass. civ. 1^{ère} 19 décembre 1995, n° 94-10.478, *M. Freulon c. Association des chasseurs de gibiers d'eau d'Ille-et-Vilaine*, Bull. civ. I, n° 466.

Cass. civ. 1^{ère} 26 mars 1996, n° 94-11.492, *Richemond et Procureur général près la Cour d'appel d'Amiens*, Bull. civ. I, n° 152.

Cass. civ. 1^{ère} 25 juin 1996, n° 94-14.858, *Mazurek*, Bull. civ. I, n° 268.

Cass. crim. 27 novembre 1996, n° 96-80.223, X..., Y..., Z..., A..., B..., C..., D..., E..., Bull. crim. n° 431, arrêt n° 1, p. 1245.

Cass. crim. 27 novembre 1996, n° 95-85.118, X..., Y..., Z..., A..., B..., C..., D..., Bull. crim. n° 431, arrêt n° 2, p. 1255.

Cass. crim. 27 novembre 1996, n° 96.80.318, *Dord et Dibundu*, inédit au Bulletin criminel.

Cass. crim. 13 mars 2001, n° 00-87.215, *Association X. et Mme Y. c. A.*, Bull. crim. n° 64.

Cass. civ. 1^{ère} 18 mai 2005, n° 02-16.336 et n° 02-20.613 (deux espèces), *Michel X. c. Rachel Y. et autre*, et, *François X. c. Nicole Y.*, Bull. civ. I, n° 211 et n° 212.

Cass. civ. 1^{ère} 14 juin 2005, n° 04-16.942, *Washington*, Bull. civ. I, n° 245.

Cass. civ. 1^{ère} 8 novembre 2005, n° 02-18.360, X..., Bull. civ. I, n° 404.

Cass. civ. 1^{ère} 22 novembre 2005, n° 03-17.912, M. X., Bull. civ. I, n° 434.

Cas. Civ. 1^{ère} 10 mai 2006, n° 05-15.707, *Mme X. épouse Y. c. M. Y.*, Bull. civ. I, n° 225.

Cass. soc. 16 décembre 2008, *Eichenlaub c. société Axa France vie-Axa France I.A.R.D., venant aux droits de la société l'U.A.P. France-Axa*, n° 05-40.876, Bull. civ. V, n° 251.

Cass. soc. 29 juin 2011, *Moulin, Association Mouvement des Entreprises de France (M.E.D.E.F.) et Société I.M.V. Technologies*, n° 09-71.107, à paraître au Bulletin civil V.

Cass. civ. 1^{ère} 1^{er} février 2012, n° 11-30.086, *Elhwary*, à paraître au Bulletin civil I.

INDEX

A

Abrogation implicite ----- 453, 454, 456

C

Champ d'application -----49

Charte de l'environnement de 2004 50, 169, 263, 450,
559

Invocabilité de l'article 6 en matière
d'expropriation ----- 560, 561, 562, 563

Invocabilité de l'article 7 ----- 168

Invocabilité des articles 1^{er}, 2, et 6--- 444, 446, 447,
458, 460, 463, 621

Charte sociale européenne-52, 172, 300, 302, 303, 481

Comité des Ministres----- 299, 301

Comité européen des Droits sociaux ----- 298

Comité européen des Droits sociaux171, 276, 277,
278, 290, 301, 302, 303, 304

Procédure des rapports nationaux----- 291

Réclamations collectives----- 298, 300

Circulaire----- 38, 39, 191, 310

Définition ----- 93, 94, 96, 98

Commission sénatoriale pour le contrôle de

l'application des lois----- 309, 310, 316, 318

Compliance committee ----- 295, 296

Conciliation--- 35, 50, 103, 263, 373, 374, 379, 553, 565

Conseil constitutionnel

Technique des réserves d'interprétation 367, 368,
374

Constitutions étrangères

Constitution de la République de Pologne du 2
avril 1997 ----- 108

Constitution de la République italienne du 22
décembre 1947 ----- 108

Constitution de la République portugaise du 2
avril 1976 ----- 112, 116, 117, 118, 371, 608

Constitution des Pays-Bas du 17 février 1983

(article 93) -----127

Constitution espagnole du 27 décembre 1978 111,
114, 118

Constitution fédérale de la Confédération suisse
du 18 avril 1999 -----122

Constitution irlandaise du 1^{er} juillet 1937 ----- 110

Loi fondamentale pour la République fédérale
d'Allemagne du 23 mai 1949 -----109, 123, 607

Contrôle de l'abrogation des lois antérieurement
promulguées-----284, 342, 344

Contrôle des limitations des droits et libertés par le
Conseil constitutionnel

Exigence d'un intérêt général suffisant ----- 125

Exigence d'un motif de valeur constitutionnel125

Interdiction de priver de garanties légales des
exigences constitutionnelles 121, 126, 282, 284,
345, 627

Convention d'Aarhus sur l'accès à l'information, la
participation du public au processus décisionnel
et l'accès à la justice en matière d'environnement
-----300

Comité d'examen du respect des dispositions de
la Convention d'Aarhus -----296, 297

Convention de Berne relative à la conservation de la
vie sauvage et du milieu naturel de l'Europe
Procédure des rapports nationaux -----292, 293

Convention de Berne relative à la conservation de la
vie sauvage et du milieu naturel de l'Europe 272,
291, 483

Comité permanent -----292

Groupes d'experts-----292

Convention de Genève relative au statut des
réfugiés du 28 juillet 1951 --468, 470, 471, 472, 473

Convention de New York relative aux droits de
l'enfant ---- 52, 67, 104, 129, 147, 172, 271, 273, 300,
313, 314, 315, 393, 480, 488, 491, 623, 635, 702

Comité des droits de l'enfant--- 294, 312, 313, 314,
316, 319

Procédure de communications individuelles et interétatiques-----	294
Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités -----	145, 151, 153, 270
convention du Conseil de l'Europe sur la protection des animaux en transport international de 1968 -----	482
Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement signée à Aarhus-----	52, 178, 297
Coutume internationale -----	54, 55
Critère objectif d'applicabilité --	47, 129, 132, 179, 505
Appréciation par la C.J.U.E. ----	134, 135, 139, 178
Appréciation par le juge administratif-----	184
Mise en œuvre par la C.J.U.E.-----	131
Respect des compétences -----	136, 137, 138, 139
Critère subjectif d'applicabilité-----	47, 189, 191
Appréciation par le juge administratif---	182, 185, 188
Critère subjectif d'applicabilité	
Appréciation par le juge administratif---	147, 148, 150, 152
Définition par la C.P.J.I. -----	142, 151
Définition par la Cour Suprême des États-Unis -----	141, 142

D

Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 -----	343
Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 -----	17, 18, 157, 260, 280
Déclaration universelle des droits de l'homme---	371
Défenseur des Droits	
Défenseur des enfants	307, 308, 312, 313, 314, 316
Directive administrative-----	310
Définition -----	93, 97
Directive européenne -----	79
Contrôle de conformité par le juge administratif -----	60, 87, 88, 329, 330, 386, 500

Contrôles européens de l'obligation de transposition-----	321, 322, 324
Contrôles internes de l'obligation de transposition-----	326, 327, 328, 329, 331
Définition-----	79, 81
Notion de transposition-----	79, 200, 202
Lecture -----	204, 205, 206, 207, 208, 209
Obligation d'application directe-----	331
Obligation d'exclure le droit national contraire -----	332
Obligation d'interprétation conforme ----	331, 332, 360, 362, 365
Obligation de transposition-----	224, 226, 227, 229
délai-----	213, 214, 215
Liberté de choix des formes et des moyens	217, 220
Obligations d'information de la Commission européenne-----	221, 222, 321, 322
Droit d'asile -----	471, 472, 474, 475, 476
Droits étrangers	
Droit administratif allemand -----	605, 639
Droit administratif belge -----	635
Droit administratif italien -----	605
Droits-créances et droits à prestation---	110, 123, 124, 158, 159, 161, 163, 165, 173, 442, 515, 555

E

Écran législatif -----	347, 451, 452
Exception d'illégalité	
En droit de l'Union européenne -----	543, 545
En droit de l'Union Européenne-----	549
En droit interne -----	545, 547, 548, 549, 550
Exception d'illégalité	
En droit interne -----	85
Exercice obligatoire du pouvoir réglementaire d'application des textes	
Contentieux de la responsabilité -----	238, 334
Délai -----	243, 244, 245
Obligation d'édicter des mesures transitoires d'application-----	248, 251
Recours pour excès de pouvoir -----	238, 334

I

Incompétence négative du législateur

- Contrôle dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité----- 281, 282
- Législateur ordinaire ----- 279, 280, 342, 343, 344
- Législateur organique----- 279

Invocabilité des interprétations fiscales ----- 466

L

- Loi organique -----50, 257, 258, 259, 260
- Obligation d'appliquer la Constitution-- 267, 268, 269

M

Mise en œuvre

- Mesures d'application ----- 232
- Notion----- 231

Mise en œuvre des conventions internationales 270, 271, 272

N

Normes immédiatement applicables-----49

O

Objectifs de valeur constitutionnelle

- Définition -----50
- Fonctions normatives ----- 264, 265, 266
- Intelligibilité et accessibilité de la loi-- 40, 41, 164, 341, 348, 392
- Intelligibilité et accessibilité de la loi----- 558
- Intelligibilité et d'accessibilité de la loi ----- 515
- Invocabilité devant le juge ordinaire 346, 349, 401
- Liste -----51
- Normes de références du contrôle de constitutionnalité-- 340, 341, 342, 344, 345, 348, 392

Obligation d'abrogation d'un règlement illégal - 250, 251, 336

Obligation de légiférer

- Droit comparé-----119
- Catégorisation jurisprudentielle polonaise 123
- Contrôle des omissions inconstitutionnelles ----- 124
- Inconstitutionnalité par omission au Portugal -----121, 608, 609, 610
- Inconstitutionnalité par omission en Espagne -----607, 608
- Droit constitutionnel français -- 255, 256, 257, 263, 266, 267, 282

Obligation de modification de la réglementation252, 253, 337, 338, 339

Obligation juridique de mise en œuvre de la loi 237, 238

Obligation politique de mise en œuvre de la loi--236

P

Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels53, 104, 171, 172, 173, 273, 274, 372, 599, 635, 701

Comité des droits économiques, sociaux et culturels-----294, 302, 319

Comité des droits économiques, sociaux et culturels-----171, 275, 276

Jurisprudence du juge judiciaire-----175

Procédure de communications individuelles et interétatiques -----294

Préambule de la Constitution de 1946

Applicabilité directe de l'alinéa 7 -----173

Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946-50, 394, 526

Invocabilité de l'alinéa 10 -----527

Invocabilité de l'alinéa 11 -----519, 523, 528

Invocabilité de l'alinéa 12 -----529, 530

Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946-18, 157, 169, 261, 450, 459

Applicabilité directe de l'alinéa 3 -----169, 261

Applicabilité directe de l'alinéa 7 59, 165, 167, 262

Invocabilité de l'alinéa 10 -----	62, 164
Invocabilité de l'alinéa 11 -----	161, 165, 539, 540
Invocabilité de l'alinéa 12 -----	62, 165, 541
Invocabilité de l'alinéa 13 -----	162
Invocabilité de l'alinéa 4 ---	468, 469, 470, 472, 473, 474, 476
Principe d'égalité -----	554, 556
Principe d'autonomie de l'ordre juridique de l'Union européenne -----	215
Principe d'égalité -----	559
Principe de coopération loyale -----	322
Principe de coopération loyale -----	210, 383
Principe de primauté du droit de l'Union européenne --	215, 223, 331, 332, 387, 388, 391, 420
Principe de primauté du droit de l'Union européenne -----	408
Principe de séparation des pouvoirs -----	536
Principes généraux du droit -----	525, 530, 534, 535
Principes généraux du droit de l'Union européenne -----	56
Principes généraux du droit international -----	54
Protection diplomatique -----	418, 419
Protocole de Montréal sur la réduction des substances appauvrissant la couche d'ozone -	295

Q

Question prioritaire de constitutionnalité ---	164, 281, 341, 343, 348, 456, 515, 542, 558, 687, 723
--	--

R

Recours administratifs -----	310, 311
Recours en constatation de manquement ----	85, 221, 225, 322, 324, 325, 326, 497
Référé-liberté ---	161, 162, 164, 165, 347, 349, 396, 399, 400
Référé-suspension -----	395, 398
Renvoi préjudiciel devant la C.J.U.E. ----	88, 134, 215, 225, 228, 325, 330, 433, 497
Responsabilité internationale -----	416

S

Standard -----	103, 104, 105, 673
----------------	--------------------

TABLE DES MATIÈRES

ABRÉVIATIONS ET SIGLES	9
SOMMAIRE.....	15
INTRODUCTION	19
§ 1 L'objet de l'étude	26
I / La détermination de la notion de norme juridique	29
<i>A – L'incertitude du caractère juridique des normes non directement applicables dans une conception classique du droit.....</i>	30
1) Les théories classiques de la norme juridique.....	30
a. Le caractère nécessairement prescriptif des normes juridiques	30
b. La sanction, critère essentiel de la norme juridique.....	31
c. L'ordonnement des normes juridiques en un système hiérarchisé	32
2) Le dépassement de la rigueur des théories classiques par la nuance du raisonnement	33
a. L'inopérance de l'appréciation stricte du critère du caractère prescriptif.....	33
b. Le manque de pertinence du critère de la sanction	35
c. La nécessaire relativisation de l'importance du caractère hiérarchique du système juridique.....	36
<i>B – La reconnaissance du caractère juridique des normes non directement applicables par l'adoption d'une conception plus large du droit.....</i>	37
1) La définition de la notion de norme : la norme comme instrument d'encadrement des conduites humaines.....	37
2) La mise en œuvre de la notion de norme	39
a. L'identification du caractère impératif ou incitatif des circulaires	40
b. L'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi ..	41
II / L'identification du caractère non directement applicable.....	43
<i>A – La notion d'applicabilité et la détermination du caractère non directement applicable</i>	44
1) La définition de l'applicabilité directe	45
a. La précision de la norme et l'absence de nécessité d'une intervention intermédiaire.....	45
b. La qualité du destinataire de la norme	46

2) Les aspects de l'absence d'applicabilité directe.....	47
a. La nécessité d'un intermédiaire entre la norme et la situation juridique	47
b. Les conséquences de l'absence d'applicabilité directe	48
<i>B – Les critères d'applicabilité.....</i>	<i>48</i>
1) Le critère objectif, condition d'applicabilité de toute norme juridique	48
2) Le critère subjectif, condition d'applicabilité de la norme internationale.....	49
§ 2 La délimitation du champ de l'étude.....	50
§ 3 La problématique de l'étude	60
§ 4 La méthode de l'étude	67

**PREMIÈRE PARTIE : L'APPLICABILITÉ DES NORMES NON
DIRECTEMENT APPLICABLES..... 73**

TITRE PREMIER : LES INCERTITUDES DE LA DÉTERMINATION DE L'ABSENCE D'APPLICABILITÉ DIRECTE	75
--	----

<i>Chapitre premier : L'absence d'applicabilité directe comme caractère associé à certaines catégories juridiques</i>	<i>79</i>
---	-----------

**Section I : La déduction de l'absence d'applicabilité directe de la nature de
l'acte juridique ou de la norme qu'il exprime**

Paragraphe I : La remise en cause de l'absence d'applicabilité directe des directives européennes	80
--	----

<i>A – L'assimilation de l'existence de l'obligation de transposition à l'absence d'applicabilité directe.....</i>	<i>80</i>
--	-----------

1. L'interprétation des stipulations des traités européens comme justification de l'absence d'applicabilité directe des directives.....	80
--	----

2. L'arrêt Cohn-Bendit du Conseil d'État et la reconnaissance de l'effet direct des directives par la Cour de justice	84
--	----

<i>B – Le manquement à l'obligation de transposition comme fondement de la reconnaissance de l'invocabilité des directives européennes</i>	<i>86</i>
--	-----------

1. L'abandon de la jurisprudence Cohn-Bendit et l'emploi des critères de précision et d'inconditionnalité par la décision Mme Perreux.....	86
---	----

2. Les difficultés liées à la « directive retour » et la synthèse du régime d'invocabilité des directives européennes devant le juge français.....	90
---	----

Paragraphe II : L'absence d'applicabilité directe des actes et normes d'orientation de l'action des autorités publiques	93
--	----

<i>A – L’absence d’applicabilité directe déduite de la fonction des actes d’harmonisation de l’action administrative</i>	94
1. Les circulaires	95
2. Les directives administratives	98
<i>B – L’absence d’applicabilité directe déduite de la fonction d’encadrement souple des conduites de la norme</i>	101
1. Les normes d’objectif	102
2. Les standards juridiques	104
Section II : L’identification des normes non directement applicables par l’établissement d’une classification, exemples de droit comparé	107
Paragraphe I : Le principe de la classification des droits constitutionnellement garantis	109
<i>A – La distinction d’une pluralité de catégories de droits</i>	109
1. Les classifications de « moindre » portée juridique.....	109
2. Les classifications associées à une distinction des régimes de protection des droits	112
<i>B – La distinction de niveaux de protection des droits correspondant à leur catégorie</i>	114
1. La consécration de l’absence d’applicabilité directe des principes directeurs de la politique sociale et économique par la Constitution espagnole.....	115
2. La consécration de l’absence d’applicabilité directe des droits et devoirs économiques, sociaux et culturels par la Constitution portugaise.....	116
Paragraphe II : L’insuffisance des effets de la classification des droits fondée sur la graduation de leur normativité	118
<i>A – Des conséquences normatives limitées</i>	118
1. L’absence d’applicabilité directe comme conséquence de la nécessité d’une interpositio legislatoris	118
2. Les obligations relatives à la concrétisation et à la protection du contenu des droits	119
<i>B – Des implications théoriques problématiques</i>	122
1. Des catégorisations en réalité fondées sur la structure des obligations énoncées	122
2. Des catégorisations insuffisantes à régler les problèmes de répartition des compétences entre le juge et les autorités normatives.....	124

<i>Chapitre second : L'absence d'applicabilité directe comme résultat de l'application des critères techniques</i>	127
Section I : L'emploi de critères d'applicabilité théoriquement justifiés	128
Paragraphe I : Le critère objectif, critère d'applicabilité de toute norme juridique.....	128
<i>A – L'absence d'applicabilité directe des normes « incomplètes », ou insuffisamment précises</i>	128
1. La nécessité d'une intervention normative, conséquence de l'imprécision de la règle	129
2. L'appréciation du critère objectif.....	131
<i>B – L'emploi d'un critère théoriquement lié à la compétence du juge</i>	136
1. Un critère fondé sur la séparation des pouvoirs	136
2. Les liens entre effet direct des directives, partage des compétences et effet utile du droit de l'Union européenne.....	138
Paragraphe II : Le critère subjectif, critère d'applicabilité des normes d'origine externe.....	140
<i>A – Le critère subjectif, critère d'applicabilité des normes d'origine externe</i>	140
1. L'absence d'applicabilité directe aux individus des stipulations purement interétatiques	140
2. L'appréciation du critère subjectif.....	143
a. La recherche de l'intentionnalité des États, un travail d'interprétation du juge.	143
b. La remise en cause de l'importance du critère rédactionnel	146
<i>B – Le critère subjectif, critère fondé sur la nature contractuelle des traités internationaux</i>	149
1. La nature contractuelle des engagements internationaux.....	149
2. L'individu, « tiers » à la relation juridique établie entre les États parties	152
Section II : L'emploi de critères d'applicabilité aux conséquences critiquables	155
Paragraphe I : Une démarche aboutissant à associer l'applicabilité directe à la nature de l'obligation prescrite par la norme invoquée	156
<i>A – Une distinction entre obligations positives et obligations négatives</i>	156
1. Les fondements théoriques de la distinction	156
2. Les applications de la distinction	160

a. L'absence d'applicabilité directe des alinéas du Préambule de la Constitution de 1946 consacrant des droits-créances	160
b. L'applicabilité directe de l'alinéa 7 du Préambule de la Constitution de 1946...	164
<i>B – Une distinction contestable</i>	<i>168</i>
1. Une distinction peu opératoire.....	169
2. Une distinction aux conséquences discutables	173
Paragraphe II : Une démarche confuse aux conséquences critiquables	175
<i>A – Une démarche confuse</i>	<i>176</i>
1. Les insuffisances du critère de précision	176
2. La confusion des critères objectif et subjectif d'applicabilité dans la détermination de l'effet direct.....	180
<i>B – Une démarche aux conséquences pratiques critiquables</i>	<i>184</i>
1. Les inégalités de traitement juridictionnel des normes à raison de leur origine	185
2. L'illogisme des conséquences pratiques de l'emploi du critère subjectif d'applicabilité	187
<i>Conclusion du Titre premier.....</i>	<i>192</i>
TITRE SECOND : LES DÉSÉQUILIBRES DU RÉGIME JURIDIQUE DES NORMES NON DIRECTEMENT APPLICABLES	195
<i>Chapitre premier : Une force obligatoire réelle</i>	<i>197</i>
Section I : La transposition des directives européennes.....	200
Paragraphe I : La notion d'obligation de transposition.....	202
<i>A – La nature de l'obligation de transposition des directives européennes</i>	<i>203</i>
1. La conception originelle de la directive conduit à une acception particulière de la notion de transposition.....	203
a. La directive européenne comme exact inverse du règlement européen.....	204
b. La transposition envisagée comme mesure de réception du droit européen en droit interne.....	205
c. La directive européenne comme instrument de concrétisation du partage des compétences entre l'Union européenne et les États membres.....	206
2. La conception actuelle aboutit à ce que l'opération de transposition soit fonction de la formulation de la directive	207
<i>B – Les fondements de l'obligation de transposition des directives européennes</i>	<i>210</i>
1. Les fondements européens.....	210
2. Les fondements français	210

Paragraphe II : Les contours de l'obligation de transposition	212
<i>A – La forme de la transposition</i>	213
1. L'obligation de respecter les délais de transposition	213
2. Les obligations relatives à l'acte de transposition	216
a. L'obligation d'édicter un acte de transposition	216
b. L'absence de nécessité d'un acte de transposition	219
3. Les obligations de transparence	220
a. L'obligation de communiquer le texte de transposition d'une directive européenne	221
b. L'obligation de préciser l'origine des droits garantis dans la transposition	222
<i>B – Le contenu de la transposition</i>	223
1. L'obligation de fidélité aux dispositions de la directive	223
a. Le respect des termes de la directive.....	224
b. Le respect du sens des notions européennes	225
2. Les obligations de résultat dans la transposition	226
3. La pleine concrétisation du contenu de la transposition	228
Section II : La mise en œuvre des normes non directement applicables.....	230
Paragraphe I : L'obligation de mise en œuvre	231
<i>A – L'obligation d'édicter des mesures d'application</i>	232
1. L'exercice obligatoire du pouvoir réglementaire d'application des textes	232
a. La notion d'obligation d'application des textes.....	232
b. Le renforcement de l'obligation d'application des textes	235
2. La concrétisation de l'obligation	237
a. Le champ d'application de l'obligation	237
b. Les contours de l'obligation d'exercice du pouvoir d'application des textes	240
<i>α – La concrétisation formelle</i>	240
<i>β – La concrétisation matérielle</i>	245
<i>B – Les obligations dérivées</i>	248
1. L'élimination des règles contraires	248
2. L'entretien des textes dans le temps	251
Paragraphe II : L'exercice « discrétionnaire » d'une compétence de mise en œuvre	252
<i>A – Le « développement constitutionnel » et la réalisation des normes internationales</i>	253
1. La mise en œuvre des dispositions constitutionnelles	254
a. Des fondements textuels incertains	254

<i>α – Le corps du texte constitutionnel</i>	254
<i>β – Le Préambule de la Constitution du 4 octobre 1958</i>	258
b. Des fondements jurisprudentiels ambivalents	262
c. L'identification d'une obligation ou d'une faculté de légiférer	264
2. La mise en œuvre des normes d'origine externe	267
a. les difficultés de la reconnaissance d'une obligation de mise en œuvre.....	267
b. Les exigences de mesures nationales d'exécution des obligations internationales	270
<i>B – Les obligations générales applicables à l'opération de mise en œuvre</i>	276
1. L'épuisement de la compétence législative	276
2. Le respect de la hiérarchie des normes	281
<i>Chapitre second : Une force contraignante limitée</i>	284
Section I : Les mécanismes de contrôle non contentieux, techniques de développement de la force contraignante des normes non directement applicables	285
Paragraphe I : Les mécanismes internationaux de contrôle non contentieux du respect des normes non directement applicables	286
<i>A – Le contrôle non contentieux en droit international par des procédures « de suivi »</i>	286
1. La procédure des rapports nationaux	286
2. Les procédures spéciales de communications ou de réclamations	290
<i>B – Les effets des mécanismes internationaux de contrôle sur les normes non directement applicables</i>	295
1. L'influence de la « jurisprudence » des organes de surveillance	295
2. L'utilisation de méthodes alternatives de sanction	300
Paragraphe II : Les mécanismes internes de contrôle non contentieux de la mise en œuvre des normes non directement applicables.....	302
<i>A – La variété des mécanismes de contrôle non contentieux</i>	302
1. Le contrôle par une autorité spécifique	302
a. Le contrôle par le Défenseur des enfants.....	302
b. Le contrôle de l'application des lois par une commission sénatoriale.....	304
2. Les recours administratifs	306
<i>B – Les effets des contrôles internes</i>	307
1. Le bilan contrasté du Défenseur des enfants	307
2. L'amélioration effective du « taux d'application des lois »	311

Section II : Les mécanismes de contrôle contentieux, techniques limitées à certaines normes non directement applicables	314
Paragraphe I : Les contrôles juridictionnels spécifiques de la transposition et de l'application de certaines normes non directement applicables	315
<i>A – Les contrôles de la transposition et de l'application des directives européennes</i>	<i>315</i>
1. Le développement des contrôles de l'obligation de transposition	315
a. Les contraintes européennes.....	316
<i>α – Les procédures de contrôle non contentieuses</i>	<i>316</i>
<i>β – La procédure juridictionnelle du recours en constatation de manquement</i>	<i>319</i>
b. Les contrôles internes spécifiques à la transposition des directives européennes	321
<i>α – Le développement du contrôle des lois de transposition</i>	<i>321</i>
<i>β – Le contrôle des actes réglementaires de transposition.....</i>	<i>323</i>
2. L'encadrement par le juge européen de l'application des directives	325
<i>B – La sanction de l'obligation d'exercice du pouvoir réglementaire d'application des textes</i>	<i>327</i>
1. La sanction de l'obligation d'exercer le pouvoir réglementaire de mise en œuvre initiale	327
2. Les sanctions de l'obligation d'exercer le pouvoir réglementaire dérivé	329
a. Les conséquences de la demande d'abrogation.....	329
b. Les conséquences de la demande de modification	331
Paragraphe II : Le développement des contrôles des normes non directement applicables de valeur constitutionnelle	333
<i>A – La sanction dans le cadre du contrôle du pouvoir législatif.....</i>	<i>333</i>
1. Les sanctions de la méconnaissance des normes non directement applicables ..	333
2. Le contrôle du défaut de mise en œuvre des normes non directement applicables par l'incompétence négative	336
<i>B – La sanction dans le cadre d'un contrôle du pouvoir exécutif</i>	<i>338</i>
1. Un contrôle limité	339
2. Un contrôle amené à se développer.....	341
<i>Conclusion du Titre second</i>	<i>344</i>
CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE	345

**SECONDE PARTIE : L'INVOCABILITÉ DES NORMES NON
DIRECTEMENT APPLICABLES..... 349**

TITRE PREMIER : UNE NOTION COMPLEXE 351

Chapitre premier : L'invocabilité, notion plurielle 353

Section I : Les invocabilités correspondant à une justiciabilité moindre ... 354

Paragraphe I : L'invocabilité d'interprétation..... 355

A – La détermination de l'invocabilité d'interprétation 355

1. Les fondements originels de l'invocabilité d'interprétation.....356

**2. Une invocabilité au mécanisme particulièrement adapté aux normes non
directement applicables.....360**

B – La diversité des effets de l'invocabilité d'interprétation 367

1. Une « invocabilité-conciliation »367

**2. Une invocabilité aux effets fortement conditionnés par les méthodes
d'interprétation du juge..... 371**

Paragraphe II : L'invocabilité d'exclusion et l'invocabilité d'empêchement
..... 374

A – L'exclusion d'un acte juridique 375

1. La prévention de l'illégalité375

2. La neutralisation de l'illégalité379

a. La conception européenne de l'invocabilité d'exclusion.....380

b. La portée du mécanisme de l'invocabilité d'exclusion en droit public français.381

*B – L'empêchement d'un comportement ou de la réalisation des effets juridiques
d'un acte 387*

1. Le mécanisme de l'invocabilité d'empêchement..... 388

**2. Une reconnaissance variable de l'opérance du mécanisme pour les normes non
directement applicables..... 390**

Section II : Les invocabilités correspondant à une justiciabilité maximale 395

Paragraphe I : L'invocabilité de réparation 395

A – Une invocabilité aux fondements juridiques complémentaires..... 396

1. Une invocabilité fondée sur des exigences de nature objective396

a. Un mécanisme découlant du principe de primauté du droit de l'Union
européenne396

b. Un mécanisme lié à l'existence d'obligations objectives précises et précisément
déterminées398

2. Une invocabilité à l'efficacité conditionnée par l'existence d'un droit subjectif, fondement nécessaire à toute action contentieuse en indemnité	401
<i>B – Une invocabilité différenciée en fonction de critères théoriques</i>	404
1. Un mécanisme au fonctionnement différent mais aux résultats similaires	405
2. Un mécanisme restrictivement admis pour les normes non directement applicables	408
a. L'invocabilité de réparation des normes non directement applicables en droit de la responsabilité internationale	409
b. L'invocabilité de réparation des normes non directement applicables en droit public français	412
Paragraphe II : L'invocabilité de substitution	418
<i>A – La détermination de l'opération juridique de substitution</i>	418
1. La substitution, un mécanisme complexe	418
2. Les conditions de la substitution	421
<i>B – La portée du mécanisme de l'invocabilité de substitution</i>	424
1. L'invocabilité de substitution, un mécanisme étroitement lié au manquement à une obligation	424
2. Une technique à l'intérêt pratique limité	427
<i>Chapitre second : L'invocabilité, notion mouvante</i>	431
Section I : Un potentiel d'invocabilité conditionné par des facteurs normatifs	431
Paragraphe I : L'existence d'une interpositio legislatoris	432
<i>A – L'identification de la notion d'interpositio legislatoris</i>	433
1. La notion de norme de mise en œuvre correspond à la qualification d'interpositio legislatoris	434
2. L'utilisation contentieuse d'une conception spécifique de la notion de norme de mise en œuvre	436
<i>B – Le statut contentieux de la norme non directement applicable et l'existence d'une norme de mise en œuvre</i>	441
1. Une prise en compte croissante de la norme non directement applicable dans le débat contentieux	441
a. Une norme supplantée par l'interpositio legislatoris ?	441
<i>α – Une norme exclue du débat contentieux avant l'entrée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité</i>	442
<i>β – Depuis l'entrée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité</i>	446
b. Une norme en suspens en cas d'absence d'une interpositio legislatoris	449

2. Une solution contentieuse complexe aux nombreux aspects hasardeux.....	450
Paragraphe II : L'existence d'une « législation-relais »	456
A – Les hypothèses d'intervention d'une « législation-relais »	456
1. Le mécanisme de la « législation-relais » et l'invocabilité de la doctrine fiscale	456
2. Le mécanisme de la « législation-relais » au travers de l'exemple de la	
jurisprudence administrative relative à l'alinéa 4 du Préambule de la Constitution	
du 27 octobre 1946	459
B – La « législation-relais » comme instrument d'invocation indirecte des normes	
non directement applicables	461
1. La « législation-relais » et la norme de mise en œuvre	461
2. Le statut contentieux de la norme non directement applicable en cas d'existence	
d'une « législation-relais »	464
Section II : Un potentiel d'invocabilité conditionné par des facteurs	
contentieux.....	468
Paragraphe I : Les incohérences dans l'application contentieuse des normes	
non directement applicables d'origine internationale : les liens entre effet	
direct, invocabilité et office du juge.....	469
A – Les cas d'association entre effet direct et invocabilité	470
1. Les hésitations du juge quant à l'admission de l'invocabilité des normes non	
directement applicables	471
a. La question de l'admission de l'invocabilité de l'ensemble de la convention	
internationale ou de ses stipulations examinées isolément	471
b. L'application directe de certains traités internationaux	476
2. Le refus de la distinction de l'effet direct et de l'invocabilité.....	479
B – Les cas de distinction entre effet direct et invocabilité.....	484
1. Une distinction initiée par le droit européen	484
a. La conception européenne des notions d'effet direct et d'invocabilité.....	484
b. La conception européenne de l'office du juge national.....	487
2. Une distinction à l'avenir incertain en droit interne.....	488
Paragraphe II : Une invocabilité potentiellement déterminée par la qualité	
de « l'invocateur », destinataire de la norme	491
A – La théorie de la qualité de « l'invocateur ».....	492
1. L'invocation par un État ou une autorité publique	492
2. L'invocation par un individu.....	495

<i>B – Une admission de l’invocabilité artificiellement liée à la qualité de destinataire de la norme</i>	499
1. Les incertitudes quant à l’importance de la conditionnalité de l’admission de l’invocabilité par la qualité de destinataire de la norme dans la réalité du contentieux	499
2. Le lien entre l’effet direct, l’invocabilité et le titulaire de droits subjectifs	504
<i>Conclusion du Titre premier</i>	509
TITRE SECOND : UNE NOTION À RECONSTRUIRE	511
<i>Chapitre premier : Les techniques de substitution à l’invocabilité directe, manifestations des insuffisances du droit positif</i>	515
Section I : Le détour par une règle directement applicable	516
Paragraphe I : La technique des principes généraux du droit comme instrument d’applicabilité sélective	517
<i>A – Le recours aux principes généraux du droit comme technique de substitution à l’applicabilité directe</i>	518
1. Le recours aux principes comme technique de substitution à l’applicabilité directe	518
2. Le recours aux principes comme technique d’applicabilité sélective.....	522
<i>B – Les fonctions du recours aux principes généraux du droit</i>	525
1. Un moyen de contourner les limites de la conception qu’a le juge de son propre office	525
2. Un instrument d’harmonisation des jurisprudences	529
Paragraphe II : Le recours au mécanisme de l’exception d’illégalité.....	534
<i>A – Les conditions techniques de l’exception d’illégalité</i>	535
1. Les conditions de recevabilité de l’exception d’illégalité en droit de l’Union européenne	535
2. Les conditions de recevabilité de l’exception d’illégalité en droit français	537
<i>B – Les effets correcteur et relatif de l’exception d’illégalité</i>	540
1. Un mécanisme permettant de soumettre au contrôle du juge des actes insusceptibles de recours direct	540
2. Un contrôle juridictionnel aux résultats limités	542
Section II : L’invocabilité par combinaison de normes	543
Paragraphe I : La définition du mécanisme de l’invocabilité par combinaison de normes	545

<i>A – La notion d’invocabilité par combinaison</i>	545
1. L’opération de combinaison de normes aux fins de fonder un moyen.....	545
2. Les applications du mécanisme.....	549
<i>B – Les contours du mécanisme de l’invocabilité par combinaison de normes ..</i>	554
1. Le choix des éléments à combiner et la nature de la combinaison normative	
<i>invocée</i>	555
2. Le champ d’application du mécanisme	559
Paragraphe II : Les justifications théoriques de la combinaison de normes	561
<i>A – Une nécessité due à la nature des normes non directement applicables</i>	562
1. La combinaison comme compensation d’une faible normativité	562
2. La combinaison comme instrument permettant d’établir une relation juridique	
complète entre l’individu et l’État	564
<i>B – Une nécessité pour le juge de s’assurer de la volonté des autorités normatives</i>	
.....	566
1. La volonté de l’autorité normative comme complément de sens à l’énoncé de la	
norme.....	567
2. La volonté de l’autorité normative comme légitimation de l’usage de la liberté	
juridictionnelle	570
<i>Chapitre second : Les propositions de solution</i>	575
Section I : L’échec des propositions ponctuelles de renforcement du contrôle	
des normes non directement applicables	576
Paragraphe I : Le développement quantitatif des possibilités de contrôle	
juridictionnel des normes non directement applicables.....	578
<i>A – L’admission de l’invocabilité des normes non directement applicables à</i>	
<i>l’encontre des actes réglementaires dans le cadre du recours pour excès de</i>	
<i>pouvoir</i>	578
1. Les propositions d’admission de l’invocabilité des stipulations internationales	
dépourvues d’effet direct à l’encontre des actes réglementaires	579
a. La proposition du commissaire du Gouvernement Ronny ABRAHAM.....	579
b. La proposition du Rapporteur public Gaëlle DUMORTIER	583
2. L’opportunité des propositions.....	586
a. La pertinence de la solution.....	586
b. Le rejet de ces propositions par le Conseil d’État.....	590
<i>α – Le rejet de la proposition formulée par Ronny ABRAHAM</i>	590
<i>β – Le rejet de la proposition formulée par Gaëlle DUMORTIER</i>	591

<i>B – Les possibilités de développement des sanctions de la carence normative ...</i>	595
1. L’existence de contrôles de la carence normative en droit comparé	596
a. Les contrôles de la carence normative exercés dans le cadre d’une procédure ordinaire	596
b. La sanction de l’inconstitutionnalité par omission par une procédure spécifique au Portugal	600
2. L’impossibilité du développement des sanctions de la carence législative en dehors de la création d’une voie de droit ad hoc	602
Paragraphe II : Les possibilités de développement du contrôle juridictionnel des normes non directement applicables, approche qualitative	606
<i>A – La protection d’une garantie objective minimale</i>	<i>606</i>
1. Une invocabilité fondée sur le respect du principe de légalité aux applications spécifiques.....	606
2. Un contrôle minimal de compatibilité.....	611
<i>B – La protection d’un contenu minimal des droits consacrés par des énoncés normatifs non directement applicables.....</i>	<i>614</i>
1. Les difficultés de détermination de la notion de contenu minimal.....	615
2. Un contrôle minimal de compatibilité à l’efficacité limitée.....	618
Section II : La nécessaire reconstruction de conceptions de l’applicabilité et de l’invocabilité plus nuancées	621
Paragraphe I : L’applicabilité et l’invocabilité, traductions de la nature des liens existants entre la norme et l’individu, dans des contextes juridiques différenciés	622
<i>A – Approche critique du caractère mécanique des liens entre applicabilité et invocabilité de la norme juridique</i>	<i>622</i>
1. Une détermination de l’applicabilité par l’emploi du critère de la règle de droit	622
2. Une déduction de l’invocabilité totalement dépendante de la présence ou de l’absence d’applicabilité directe.....	624
<i>B – L’autonomisation des notions d’applicabilité et d’invocabilité.....</i>	<i>625</i>
1. La reconnaissance de possibilités d’invocabilité des normes non directement applicables en droit comparé.....	625
a. Les conséquences contentieuses de l’absence d’effet direct en droit comparé ...	626
b. La reconnaissance d’effets négatifs et objectifs des normes non directement applicables.....	628

2. La nécessité pour le juge administratif de distinguer l'applicabilité de l'invocabilité	631
Paragraphe II : La nécessaire reconstruction des rapports entre l'applicabilité et l'invocabilité des normes non directement applicables, approche prospective.....	634
<i>A – La distinction en fonction de la nature et du but du contentieux, cadre d'exercice de l'invocabilité.....</i>	<i>634</i>
1. Un important potentiel d'invocabilité dans le cadre des contentieux objectifs ..	635
2. Une exigence de spécificité dans le cadre des contentieux à caractère principalement subjectif.....	639
<i>B – La systématisation de notions nuancées</i>	<i>641</i>
1. L'applicabilité graduelle des normes juridiques.....	642
a. La construction d'une notion d'applicabilité graduelle	642
b. L'échelle d'applicabilité des normes non directement applicables en droit public français.....	644
2. L'invocabilité progressive des normes non directement applicables.....	646
a. La construction d'une notion d'invocabilité progressive.....	647
b. L'échelle des cas d'invocabilité des normes non directement applicables en droit public français.....	649
<i>Conclusion du Titre second</i>	<i>653</i>
CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE.....	654
CONCLUSION GÉNÉRALE	657
BIBLIOGRAPHIE	661
GÉNÉRALITÉS	661
NOTION DE NORME ET NOTION D'APPLICABILITÉ.....	669
NORMES DE VALEUR CONSTITUTIONNELLE ET CONTENTIEUX CONSTITUTIONNEL	673
DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE ET RÉGIME DES DIRECTIVES.....	683
DROIT INTERNATIONAL ET RÉGIME DES RÈGLES ISSUES DU DROIT INTERNATIONAL.....	693
LOI, PRINCIPES GÉNÉRAUX DU DROIT ET ACTES RÉGLEMENTAIRES	705

CIRCULAIRES ET DIRECTIVES ADMINISTRATIVES	710
PROCÉDURES ADMINISTRATIVES CONTENTIEUSES ET NON-CONTENTIEUSES	713
DROIT COMPARÉ ET DROITS ÉTRANGERS.....	718
TABLE GÉNÉRALE DE JURISPRUDENCE	724
JURIDICTIONS DE L'UNION EUROPÉENNE	724
JURIDICTIONS INTERNATIONALES	734
CONSEIL CONSTITUTIONNEL.....	735
TRIBUNAL DES CONFLITS.....	742
JURIDICTIONS ADMINISTRATIVES	743
JURIDICTIONS JUDICIAIRES	767
INDEX.....	769
TABLE DES MATIÈRES	773