

Licence 1
Groupe de cours 1
Année 2013-2014
M. CROUZATIER (2012)

Introduction au droit public

COURS

Avant-propos : le langage du droit

1. Définitions et méthodologie
2. Les systèmes juridiques
3. L'Etat de droit
4. La constitution : la suprématie de la constitution
5. Le contrôle de constitutionnalité : la jurisprudence constitutionnelle
6. Les normes internationales : élaboration et conclusion
7. Les normes internationales : l'application en droit interne
8. Les normes communautaires européennes
9. La Convention européenne des droits de l'Homme
10. La loi : contenu ; catégories ; élaboration
11. Les règlements : contenu ; catégories ; élaboration
12. Le contrôle de légalité : la jurisprudence administrative

Introduction au droit public Bibliographie sommaire

Manuels généraux

- P. ARDANT, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, LGDJ.
B. CHANTEBOUT, *Droit constitutionnel et science politique*, A. Colin.
P. PACTET, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, A. Colin.
D. TURPIN, *Droit constitutionnel*, PUF.
J. C. ZARKA, *Introduction au droit constitutionnel*, Ellipses.

Revues

- . Revue du droit public et de la science politique.
- . Revue Française de droit constitutionnel.
- . Revue Française de science politique.
- . Pouvoirs.
- . Cahiers Français.

Textes

- F. MELIN-SOUCRAMANIEN, *Constitutions des grandes démocraties*, Dalloz.
La Documentation Française : *Documents d'études*.
La Documentation Française : *Les notices*. Notamment « Institutions et vie politique ».

Lexiques

- P. AVRIL et J. GICQUEL, *Lexique de droit constitutionnel*, PUF.
G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF.
O. DUHAMEL et Y. MENY, *Dictionnaire constitutionnel*, PUF.

Sites

- <http://www.legifrance.gouv.fr>
<http://www.ladocumentationfrancaise.fr>
<http://www.conseil-constitutionnel.fr>
<http://www.jurisguide.univ-paris1.fr/>

Avant propos

Le langage du droit

Une des principales surprises d'un étudiant débutant la première année de licence en droit tient aux particularités du langage utilisé : des termes étrangers au vocabulaire courant ; ou bien des mots connus mais détournés de leur sens habituel ; des expressions singulières, parfois latines ; des locutions techniques... Les termes du droit relèvent du vocabulaire de la langue française à laquelle ils appartiennent ; mais ils prennent des significations plurielles, différentes de celles du vocabulaire ordinaire. Par exemple, le mot « meuble » prend dans le langage courant et dans la langue juridique des sens sensiblement différents. Il en est de même des termes « obligation » et « ordonnance ».

Ce n'est pas une particularité du droit ; chaque discipline comporte un vocabulaire technique, spécialisé, qui **permet aux praticiens de se comprendre**. Comme celui d'autres disciplines, le langage du droit se veut avant tout précis : chacun des termes de ce langage cache en effet une signification particulière, un texte, une jurisprudence que le professionnel connaît et maîtrise ; ce dernier utilise ce langage avec exactitude dans les actes et les procédures (même s'il peut employer des équivalents ou des synonymes, afin d'éclairer l'individu non spécialiste dans une conversation ordinaire).

La langue juridique est également le moyen ordinaire de **l'expression d'un raisonnement et de la solution à laquelle il conduit**. Une décision de justice en est la parfaite illustration : le raisonnement qui l'anime vise à démontrer, c'est-à-dire à organiser des données factuelles et à les soumettre à la rigueur de la règle juridique afin de dénouer un conflit, dénouement qui figure dans la conclusion.

La forme écrite que prend la décision de justice est relativement récente : dans la plupart des anciennes civilisations, le juge énonce, dicte, prescrit... En d'autres termes, il parle. Des vestiges sont aujourd'hui décelables à travers l'oralité des débats lors du procès, la « lecture » publique des décisions de justice, l'affirmation selon laquelle le juge « dit » le droit (*jus-dicere*)... Autant d'expressions qui manifestent le caractère déclaratif de la décision juridictionnelle (*juris-dictio*) dans laquelle « **dire** » **le droit consiste non seulement à identifier la norme juridique mais également à « dicter » la conduite que sa reconnaissance impose**.

Chaque discours, qu'il vienne du législateur, du juge, des praticiens, est spécifique. Cette spécificité réside d'abord dans le **vocabulaire**, puisque le droit crée ses propres termes techniques (hypothèque, participation aux acquêts, commencement de preuve par écrit...) ou utilise des adages et des formules latines (*summum jus, summa injuria ; nulla poena sine*

lege...). La spécificité tient également au **style** juridique : généralement impersonnel, souvent prescriptif, toujours structuré. Impersonnel parce que dans la langue du droit, le sujet de la phrase est souvent indéterminé (toute personne, on, chacun, nul...). Prescriptif comme en témoignent les verbes employés dans les textes législatifs et réglementaires (il faut que, il est interdit, il est permis...), ou dans les décisions de justice qui déboutent, condamnent, relaxent, infirment, confirment, rejettent, cassent, annulent, décident... Structuré car le législateur, comme le juge, s'exprime par raisonnement articulé en articles et alinéas, ou par attendus.

Le caractère technique - voire ésotérique - du langage juridique a souvent été un obstacle à l'accessibilité et à l'intelligibilité du droit. C'est pourquoi, depuis les années 1990, un effort a été entrepris pour combattre le jargon juridique. Il s'agit d'abord de simplifier la langue du droit en rajeunissant certains termes, vieillis au point de devenir insolites pour les destinataires de la règle de droit ou de la solution juridique. La loi du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allégement des procédures a ainsi procédé au remplacement des termes « antichrèse » (par gage immobilier), « impenses » (par dépenses), « réméré » (par rachat) « colon-partiaire » (par métayer) « commodat » (par prêt à usage)... Mais le code civil connaît toujours les « ustensiles aratoires », les « pressoirs, chaudières, alambics » et les « voituriers par terre et par eau »... Il s'agit également de tenir compte des évolutions de la vie économique et sociale puisque le droit doit en traduire toutes les manifestations ; ainsi s'explique que le vocabulaire juridique se renouvelle sans cesse avec l'apparition de nouveaux termes et de nouvelles expressions (bail à construction, contrat de *leasing*, contrat de *know-how*...). Il faut enfin prendre en compte le développement des échanges internationaux et l'intégration de termes provenant d'autres langues, voire d'autres systèmes juridiques : comment traduire *class actions* ou *kafala* ? De nombreuses études montrent les difficultés d'une traduction fidèle du droit, difficultés qui tiennent à la fois au passage d'une langue à une autre langue, mais aussi d'un droit à un autre. Dans le cadre de la francophonie, les Canadiens francophones sont particulièrement accoutumés à ces difficultés puisque les juristes y sont amenés à pratiquer la *Common law* en français et - dans certaines universités - à enseigner le droit civil en anglais.

Car il ne suffit pas de traduire d'une langue à une autre pour passer d'un système juridique à un autre. Certes, le droit est un ensemble de normes ; mais **chaque droit constitue un système particulier** : il emploie un certain vocabulaire correspondant à certains concepts, comme on vient de le voir ; mais également il groupe les règles en certaines catégories, il comporte l'emploi de certaines techniques pour les interpréter, et se réfère à une certaine conception de l'ordre social qui détermine la fonction même du droit. De ce point de vue, le droit français fait partie de la grande famille du droit européen continental, également dénommé de façon plus correcte « romano-germanique ». La même correspondance entre les catégories, les institutions et les concepts, permet de traduire du français en allemand, espagnol, italien, hollandais, portugais, roumain,

polonais... les mots du vocabulaire juridique. Les méthodes employées peuvent varier selon les lieux et les pays, mais le vocabulaire est le-même et sert à exprimer les mêmes idées. En revanche, la différence entre la *Common law* et le droit romano-germanique est substantielle. Ce dernier cherche à découvrir les solutions de justice par une technique qui a comme point de départ la loi, alors que la *Common law* vise au même résultat en employant une technique fondée sur les décisions juridictionnelles. Il en résulte une analyse différente de la règle de droit conçue sous un aspect principalement législatif et secondairement jurisprudentiel dans le droit romano-germanique (les décisions de jurisprudence ne fixant pas de règles de droit), et essentiellement juridictionnelle pour la *Common law* (où la loi n'est pas regardée comme un mode d'expression normal du droit ; d'ailleurs, quand il n'existe pas de précédent jurisprudentiel, le juriste nord-américain dira volontiers : *There is no law on the point*, même s'il existe une disposition législative sur la question). La traduction de *legal rule* par « règle de droit » ne correspond dans ces conditions qu'à une approximation grossière.

Outre la notion de règle de droit, la différence porte également sur la méthode utilisée : historiquement, la préoccupation des juristes anglais jusqu'au XIXe siècle n'a pas été de déterminer les solutions les plus justes apportées aux litiges ; leur attention s'est concentrée sur les procédures variées et très formalistes. Aujourd'hui encore, l'idée que l'accusé doit avoir un *fair trial*, l'idée que l'on doit observer une procédure régulière, sont centrales dans le droit anglo-saxon, soucieux de l'administration de la justice et convaincu qu'une solution de bonne justice en découlera ; alors que le juriste français, allemand ou grec voudra dire au juge quelle est la solution de justice, au regard de l'application de la loi. Il en est de même dans le contentieux administratif : le contrôle des cours supérieures britanniques sur les décisions de l'administration porte sur la manière dont est conduite la procédure. On ne cherche pas à vérifier si la décision prise par l'administration est justifiée ou non, l'essentiel est que la procédure ait été loyale...

L'insistance mise à distinguer les deux systèmes n'a pas pour objet d'exclure tout rapprochement, conciliation ou emprunt de l'un à l'autre. Dans le cadre de la mondialisation, l'échange est même devenu permanent. Il n'est cependant pas concevable d'emprunter sans discernement des institutions aux deux systèmes pour les amalgamer ; les pays qui ont tenté cette expérience de « droit mixte » ont pour la plupart créé des monstres juridiques inefficaces. En revanche, il est possible pour un Etat qui a clairement opté pour un système et structuré son appareil juridique et juridictionnel en conséquence, d'emprunter à un autre système telle technique qu'il juge plus adaptée à ses besoins.

1

QUELQUES DEFINITIONS

LE DROIT

Le droit est classiquement défini comme l'ensemble des règles imposées dans une société (précision : les juristes utilisent le terme de "normes" pour souligner l'idée d'obligation), et sanctionnées par des procédures préétablies.

Cette définition sommaire permet de différencier le droit d'une autre notion proche : la morale. **La morale** est proche du droit puisqu'elle consiste également en un ensemble de règles impératives. Mais la différence réside dans le caractère de la **sanction** : la sanction morale est intérieure et psychique ; la sanction du droit est organisée par la société, elle est le fait d'**institutions** administratives et **juridictionnelles**, et peut prendre la forme de la contrainte physique. Néanmoins la distinction entre les deux notions est difficile à établir dans les sociétés où le droit se confond avec la morale religieuse ; même dans des **sociétés laïques** ou laïcisées, elle reste ambiguë car le droit, pour être respecté, doit être conforme aux aspirations nationales, culturelles et sociales de la population, et en particulier s'inspirer de la conception dominante de la **justice**.

Origine du droit.

Le droit est élaboré par le pouvoir politique : il est un instrument de ce dernier pour indiquer les règles de conduite autorisées ou interdites.

Que signifie "pouvoir politique"? Le pouvoir est la capacité d'un individu ou d'un groupe d'exiger et d'obtenir d'un autre individu ou groupe la réalisation de ce que ces derniers n'auraient pas fait spontanément. "Pouvoir" est donc synonyme "d'autorité". Ce phénomène est partout présent dans les **sociétés organisées, animales et humaines**. L'homme est en effet un animal social ; il vit en groupe. Or dans ce groupe la diversité des individus entraîne une diversité et une divergence des intérêts et des opinions. L'agressivité inhérente à l'espèce humaine conduit alors à l'instauration de rapports de force au sein du groupe. Et si

les conflits internes dégénèrent, le groupe est menacé soit par l'explosion interne, soit par une agression venue de l'extérieur. Aussi, la politique est l'activité sociale qui a pour but d'assurer la sécurité extérieure et la concorde intérieure d'une unité particulière en garantissant l'ordre au milieu de la diversité des opinions et des intérêts. Le pouvoir politique est chargé de ce rôle.

Les moyens utilisés par le pouvoir politique pour remplir sa tâche sont le droit et la force. Les règles de droit édictées par le pouvoir politique visent à prévenir les conflits avant qu'ils ne deviennent ouverts, à les ritualiser et à les réprimer lorsqu'ils ont éclaté. La force est le moyen usuel de l'autorité politique ordinaire : c'est évident quand il s'agit d'assurer **la sécurité extérieure** ; c'est aussi le cas à l'intérieur car, dans tous les pays, la vie politique repose sur le présupposé du commandement et de l'obéissance ; elle est donc placée sous le signe de la contrainte. La contrainte est la manifestation spécifique de la force publique sans laquelle il n'y aurait ni ordre ni Etat. Elle est quelquefois matérielle, c'est-à-dire physique (action policière, procédure pénale) ; mais elle prend souvent une forme psychologique : c'est la **propagande**.

Il ne faut pas voir d'opposition entre ces deux moyens du pouvoir politique que sont le droit et la force : ils sont utilisés alternativement ou cumulativement par ce dernier qui garantit le respect des règles juridiques, c'est à dire du droit, par l'usage de sanctions, c'est à dire la force.

Fondement du droit.

Quel est le principe qui justifie une règle de droit ou un système juridique ? Qu'est-ce qui rend le droit **légitime** (expliquant ainsi que l'on doit lui obéir) ? De nombreuses théories sont développées depuis l'antiquité.

Les plus anciennes se réfèrent à l'idée de *loi naturelle*. Cette idée est exprimée dès l'antiquité en Chine (dans l'œuvre de **Confucius**), en Inde (avec les **lois de Manou**), et en Grèce (chez **Sophocle** et **Aristote** notamment) ; elle est présente dans les religions dites « du livre » (Judaïsme, Islam) et « de la parole » (Christianisme). Elle postule qu'au dessus de la loi établie par les hommes, il existe une "loi naturelle" plus importante car choisie et imposée par Dieu. Dès lors, le droit et la loi humaine n'ont de validité que dans la mesure où ils sont conformes à la loi naturelle. La théorie est reprise en Europe par l'Eglise catholique qui fait de la loi naturelle une expression de la justice divine, et y trouve le fondement religieux de la loi humaine. Laïcisée au 16^e siècle en Europe, elle est toujours présente chez les juristes "*jusnaturalistes*" et justifie notamment l'idéologie moderne des "droits de l'Homme" : ces droits sont censés être universels parce que la "nature humaine" est identique chez tous les humains.

A partir du 16^e siècle, le *contractualisme* apporte une justification très convaincante au devoir d'obéissance à l'égard du droit. **Thomas Hobbes** au 17^e siècle, **Jean Jacques Rousseau** au 18^e postulent que les individus, indépendants et égaux à l'**état de nature**, y ont volontairement

renoncé pour établir par un "contrat" une autorité politique et des obligations communes. Le devoir d'obéissance au Droit découle donc de ce *contrat social* que les individus ont conclu et qu'ils ont le devoir moral de respecter.

Le 19^e siècle, siècle de la science et de la technique, voit apparaître le *positivisme*, c'est à dire le rejet de la métaphysique et la recherche de la connaissance par les faits. Appliqué au droit, le positivisme entend partir du "droit positif" (le droit en vigueur à un moment donné) pour construire une science du droit. Il estime que seuls les faits sont connaissables, pas les valeurs ; il refuse d'appréhender les rapports entre politique et droit ; le seul objet d'étude des "positivistes" est le droit positif. Cette doctrine ne permet pas d'expliquer l'origine du droit, ni les raisons de l'obéissance. Mais pour les positivistes, ces questions relèvent de la **philosophie politique** ou de la **philosophie morale** ; pas du droit.

Le *marxisme* critique l'attitude positiviste qui refuse de considérer les relations entre le droit et le pouvoir. Pour **Karl Marx**, le droit est l'instrument de la classe dominante ; refuser de prendre en compte sa dimension politique revient pour les juristes bourgeois à dissimuler le caractère de classe du droit. Dans le cadre du matérialisme dialectique, le droit est nécessairement une superstructure (déterminée par les rapports de production), et un moyen : un moyen d'oppression au service de l'Etat bourgeois ; un moyen de libération s'il permet de réaliser l'égalité parfaite et la liberté.

L'*utilitarisme* refuse les doctrines précédentes. Son fondateur, **Jeremy Bentham** (fin XVIII^e) affirme que le critère et le fondement du droit sont l'utilité : la capacité du droit à produire du plaisir, du bonheur aux individus. L'influence de l'utilitarisme en Europe s'explique par la simplicité de son explication des motivations humaines, l'absence de recours à toute forme de transcendance et la promesse d'une résolution des conflits dans le *plaisir général*. Mais comment réaliser le bonheur de tous, ou du plus grand nombre, sans faire de peine à personne ?

Conceptions du droit.

Les différentes sociétés et cultures dans le monde entretiennent une grande variété de conceptions du droit. En fait chaque Etat possède un droit qui lui est propre, avec son vocabulaire, ses concepts, ses méthodes, ses structures qui sont adaptés à une certaine conception de l'ordre social. Cependant, par delà la diversité des règles, il est possible de regrouper les différents droits en "familles"; les principales familles sont :

- La famille **romano - germanique** : elle regroupe les pays dans lesquels le droit s'est développé sur la base du droit romain. Les règles de droit dans ces pays sont conçues comme des règles de conduite étroitement liées à des préoccupations de justice et de morale. Depuis le 19^e siècle, un rôle prépondérant est joué par la loi, les différents pays appartenant à cette famille s'étant dotés de **codes**. Cette famille est apparue en Europe continentale, puis s'est développée dans le monde à la faveur de la colonisation.

- La famille de la **common law** : elle comporte le droit de l'Angleterre et ceux qui se sont modelés sur le droit anglais. La *common law* a été formée par les juges qui avaient à résoudre des litiges particuliers : la règle de droit y est moins abstraite que dans la famille précédente car elle vise à donner la solution à un procès et non à formuler un principe de conduite pour l'avenir. Les règles concernant l'administration de la justice, la procédure, la preuve, l'exécution des décisions de justice y ont autant d'intérêt que les règles gouvernant le fond du droit.

- La famille du droit socialiste s'est trouvée réduite depuis le début des années 1990 avec la disparition de l'U.R.S.S. et la dissolution de l'internationale communiste. Les pays qui en relevaient ont retrouvé leur droit antérieur, qui était pour la plupart d'entre eux d'origine romano - germanique. La source exclusive des règles du droit socialiste se trouve dans l'œuvre du législateur qui exprime la volonté populaire guidée par le parti communiste. Le domaine des rapports entre les citoyens est largement couvert par des règles du droit public qui l'emporte sur le droit privé.

- Le **droit musulman** : Contrairement aux conceptions précédentes, le droit musulman n'est pas une branche autonome de la science. Il n'est qu'une des faces de la religion de l'Islam. Il indique au musulman comment il doit, selon la religion, se comporter envers ses semblables et dans ses relations avec Dieu. Le non - respect entraîne l'application des sanctions que le juge musulman est chargé d'appliquer.

- Le droit chinois : A l'inverse des conceptions occidentales, la vision traditionnelle chinoise accorde au droit une place limitée. La conduite des hommes doit être sans cesse dominée par la recherche de l'harmonie et de la paix, en dehors de toute considération juridique et de tout recours aux tribunaux. La conciliation a plus de valeur que la justice ; la médiation doit permettre de prévenir les conflits afin d'éviter le recours au droit pour les résoudre. Il existe certes des lois ayant valeur d'intimidation ou de modèle ; mais elles ne sont pas faites pour être appliquées. Le régime communiste chinois n'a pas changé fondamentalement cette conception.

LE DROIT PUBLIC

Les différents systèmes juridiques distinguent, chacun à leur façon, les règles qui concernent les relations entre les individus (le droit privé) et celles qui organisent les rapports entre les pouvoirs publics, et entre les pouvoirs publics et les individus (le droit public). Ce sont les Révolutionnaires qui ont souhaité dissocier le Droit civil et le D administratif, confirmé de façon fondationnelle avec l'arrêt Blanco (1873).

La finalité du droit public.

La justification généralement apportée à cette distinction traditionnelle repose sur les finalités poursuivies : le droit privé vise à satisfaire des intérêts privés (ceux du contractant, de l'époux, du propriétaire...) ; le

droit public a pour finalité l'intérêt général, c'est à dire l'intérêt de l'ensemble de la population. La recherche de l'intérêt général, dénommé également bien commun ou bien public, constitue la mission fondamentale d'un gouvernement et le critère de sa légitimité dans les traditions occidentales et asiatiques. Agir pour le bien commun consiste à ne pas répandre des faveurs et des avantages sur un clan, une famille ou une région géographique, mais pratiquer au contraire la **neutralité** et l'**égalité** dans l'action sociale et le soutien économique.

Cette finalité d'intérêt général explique que le droit public soit différent du droit privé dans son contenu et sa mise en œuvre.

Du point de vue du contenu, le droit privé laisse généralement une large marge de manœuvre aux particuliers pour aménager leurs relations comme ils le souhaitent (par exemple dans la rédaction d'un contrat) ; le droit public se manifeste au contraire par des obligations (en particulier celle d'obéir aux injonctions des pouvoirs publics). Du point de vue de la mise en œuvre, **les litiges de droit privé se règlent sur la base d'une stricte égalité devant la loi** ; ceux de droit public, opposant l'intérêt général à des intérêts privés, accordent à la **puissance publique** (l'Administration le plus souvent) des prérogatives particulières qui la placent en **position dominante** par rapport aux particuliers. → "décisions exécutoires".

Cette distinction traditionnelle est cependant relative et devenue incertaine depuis le milieu du XXe siècle. Plusieurs matières considérées comme relevant du droit privé sont marquées par le droit public : c'est le cas du droit pénal (les règles du procès équitable sont définies par le législateur) ; c'est également vrai du droit fiscal (les impositions et recouvrements sont effectués par des procédures publiques). Inversement nombre de matières de droit public concernent le droit privé : ainsi le droit constitutionnel avec les législations et la jurisprudence des cours constitutionnelles sur la propriété privée, le droit de la famille, le droit fiscal...

Les grandes branches du droit public.

Le droit public est constitué de deux branches, l'une intéressant le droit public interne, l'autre concernant le droit international public. Cette distinction repose sur deux considérations. D'abord l'objet respectif de chaque discipline diffère : le droit public interne traite des relations juridiques des pouvoirs publics dans le cadre de l'Etat, alors que le droit international public envisage les règles gouvernant les relations d'Etat à Etat. Ensuite, l'esprit est différent car le droit public interne repose sur l'inégalité des parties et des intérêts en présence (l'intérêt général dominant les intérêts particuliers), tandis que le droit international - droit des accords internationaux - est fondé sur l'égalité des Etats.

- Le droit international public a connu une expansion importante au XXe siècle, avec le développement des relations internationales, sur le plan politique et diplomatique, mais aussi commercial et économique. Sa nature s'en est trouvée modifiée : traditionnellement, le droit international public se définit par son caractère faiblement contraignant. Il s'agit en effet d'un Droit qui repose entièrement sur le **bon vouloir** de ceux qui s'y trouvent soumis (essentiellement les Etats) tant pour sa création que pour sa sanction : du point de vue de sa création, la source principale réside dans les conventions internationales conclues librement par les Etats ; quant aux sanctions, elles ne peuvent s'appliquer qu'avec l'assentiment des Etats, c'est à dire des justiciables eux-mêmes (à l'exception des résolutions du Conseil de sécurité des Nations unies prises sur la base du chapitre VII de la charte). Cette vision traditionnelle doit être renouvelée avec les remises en cause de plus en plus nombreuses de la **souveraineté** des Etats. (chapitre 7 de la Charte des Nations Unies 1990 + responsabilité de protéger 2000 → Kosovo, Lybie, etc.)

- Le droit public interne comprend trois branches :

- le droit administratif
- les finances publiques
- le droit constitutionnel.

Le droit administratif a pour objet de définir l'étendue des prérogatives de l'administration, et les contraintes qui pèsent sur elle. Il concerne l'organisation et le fonctionnement de l'administration (organisation administrative, fonction publique, collectivités locales...), mais aussi son action (domaine public, marchés publics, urbanisme, travaux publics...), et les recours des citoyens contre cette action (**contentieux**). Origine prétorienne. Importance de la Jurisprudence. Lire le GAJA (Grands arrêts de la J administrative).

Les finances publiques regroupent les règles de procédure et de fond applicables aux budgets de l'Etat et des autres personnes publiques. Ces règles sont différentes de celles applicables aux individus et sociétés privées puisqu'elles touchent aux contributions publiques, censées être employées pour des buts d'intérêt général. Les finances publiques englobent habituellement le droit fiscal qui concerne la détermination et les règles de recouvrement des impôts.

Le droit constitutionnel contient les règles applicables au pouvoir politique, qu'il s'agisse de son organisation ou de ses relations avec les individus.

LE DROIT CONSTITUTIONNEL

Le droit constitutionnel étudie l'organisation interne de l'Etat, c'est à dire les institutions politiques et les régimes politiques par rapport aux textes constitutionnels.

Les institutions politiques.

On désigne par institution un ensemble de normes et de relations se rapportant à un même objet. Les institutions politiques concernent donc les organes chargés d'exercer le pouvoir politique et les normes relatives à cet exercice. Elles concernent aussi la vie et le fonctionnement de ces organes, ainsi que l'application des normes. En d'autres termes, l'expression a un contenu juridique, mais également un caractère politique qui rapproche sa signification de celle de "régimes politiques".

Les régimes politiques.

Un régime politique désigne dans un Etat donné le cadre institutionnel et politique dans lequel évoluent les forces politiques et sociales, compte tenu des données historiques, sociales, économiques et idéologiques propres à cet Etat. L'expression "régime politique" contient donc deux éléments inséparables : l'élément juridique constitué par le cadre institutionnel (les institutions), et l'élément politique formé par le jeu des forces politiques et sociales.

L'étude du régime politique apporte des réponses à quatre questions fondamentales : qui détient le pouvoir au sein de l'Etat et en vertu de quelle légitimité ? Comment sont recrutés et désignés ceux qui exercent le pouvoir ? Comment est organisé ce pouvoir et quelles en sont les structures ? Comment s'exerce le pouvoir et quelles en sont les limites ? La réponse à ces questions permet de caractériser et de définir le régime politique en vigueur dans un pays donné à un moment donné.

L'importance de la constitution.

L'expression "droit constitutionnel" apparaît en Europe au 18^o siècle à l'époque des révolutions américaine et française. Elle désigne l'ensemble des règles de droit se rattachant à la constitution d'un pays. C'est en effet à l'époque des révolutions bourgeoises que la notion de constitution s'impose : les libéraux voient dans une constitution écrite, contenant l'ensemble des règles relatives à l'organisation des pouvoirs publics, le meilleur moyen de limiter le pouvoir monarchique et de protéger les libertés individuelles. Cette origine historique explique qu'il y ait aujourd'hui deux manières de définir la constitution selon que l'on privilégie une approche matérielle ou formelle. La définition **matérielle** s'attache à décrire l'objet et le contenu de la constitution ; la définition **formelle** s'attache au contraire à définir la constitution par les formalités ou les procédures d'adoption, ou encore par son auteur. Le point de vue matériel est le plus souvent rejeté par les juristes au profit du point de vue formel.

MOTS CLES :

La morale : concerne les mœurs, c'est à dire les pratiques, sentiments et jugements relatifs au bien et au mal, et à la conduite des individus en général. La morale désigne l'ensemble des mœurs et jugements moraux d'un individu ou d'une société.

La sanction : punition infligée par une autorité à l'auteur d'une infraction.

Les institutions juridictionnelles : organes institués pour exercer le pouvoir de juger; synonyme de "tribunaux".

Les sociétés laïques : un "laïc" ne fait pas partie du clergé; par extension il est indépendant de toute confession religieuse. L'expression désigne les sociétés qui ont institué une séparation entre le pouvoir politique et les institutions religieuses.

La justice : désigne ce qui est conforme à l'équité, ce qui est légitime. Demander justice signifie réclamer son dû, son droit.

Les sociétés organisées, animales et humaines : le pouvoir est partout présent dans les sociétés animales: des "leaders" ou "alphas" jouent le rôle de chef, de sentinelle ou de gardien ; il existe des hiérarchies qui ont des fondements divers : le prestige, la force physique, l'intelligence, l'âge. L'éthologie étudie le comportement des animaux développés. Ses découvertes sont-elles applicables à l'homme ? Oui, dans la mesure où l'homme est un animal ; il n'est pas qu'un animal puisqu'il intègre une dimension spirituelle mais sa biologie le rattache à ses ancêtres animaux.

La sécurité extérieure : Il n'existe pas d'Etat sans armée et moyens militaires pour assurer la défense du territoire.

La propagande : c'est l'effort fait par un gouvernement pour persuader les gouvernés qu'ils doivent lui obéir : au lieu de contraindre, il s'agit de convaincre. Mais les moyens employés pour emporter cette conviction aboutissent à une sorte de contrainte indirecte.

Légitime : conforme à une norme supérieure, juridique ou éthique, considérée comme fondamentale par la collectivité ; dès lors cette collectivité va accepter comme obligatoire la décision ou l'autorité légitime. La légitimité est donc la justification du pouvoir, du droit de commander. Cette notion se différencie de celle de légalité qui signifie simplement la conformité aux règles de droit.

Confucius : romanisation du nom du lettré Kong Fuzi (551 - 479 avant l'ère chrétienne). La préoccupation majeure de sa doctrine est de faire régner l'ordre dans l'Etat en formant des individus qui vivent en conformité avec la vertu. Cf. *Entretiens du maître avec ses disciples*, Paris, Editions mille et une nuits.

Lois de Manou : selon la légende, Manou est le fondateur de l'ordre social et des normes juridiques. Les lois de Manou ont été vraisemblablement rédigées deux siècles avant l'ère chrétienne, puis remaniées à plusieurs reprises. Cf. *Manava Dharmasastra. Les lois de Manou*, traduction A. Loiseleur-Deslongchamps, Paris, Garnier ; A. Danielou, *Mythes et dieux de l'Inde*, Paris, Flammarion.

Sophocle : poète tragique grec (495 - 406 avant l'ère chrétienne). Le raisonnement d'Antigone contre Créon qui a interdit de faire ensevelir Œdipe est souvent utilisé pour illustrer la doctrine de la loi naturelle.

Aristote : philosophe (384 - 322 avant l'ère chrétienne). Il distingue la "justice légale", contingente, et la "justice naturelle" qui est immuable et a partout la même force.

Philosophie politique : étudie les questions et les idées politiques et sociales.

Philosophie morale : étroitement liée à la philosophie politique, elle étudie les rapports de la morale et de la politique: la morale peut-elle contribuer à définir ou à évaluer les fins de la politique?

Karl Marx : philosophe, économiste et homme politique allemand (1818 - 1883).

Jeremy Bentham : philosophe et juriste britannique (1748 - 1832).

Thomas Hobbes : philosophe anglais (1588 - 1679). Cf. Leviathan, Paris, Dalloz.

Jean Jacques Rousseau : écrivain et philosophe de langue française (1712 - 1778).

Cf. *Du contrat social*, Paris, Flammarion.

Etat de nature : pour les auteurs du contrat social, l'état de nature représente la situation de l'homme isolé et indépendant, avant l'apparition de la société.

Romano - germanique : ainsi dénommée car elle s'est formée dans les universités européennes, aussi bien des pays latins que des pays germaniques, à partir du 12^e siècle sur la base des compilations de l'empereur Justinien.

Code : ouvrage comprenant un ensemble cohérent et systématique de textes relatifs à une matière : par exemple le code civil, le code pénal, le code de la construction...

Common law : désigne le droit qui s'impose à partir de 1006 à l'ensemble de l'Angleterre (loi "commune", par opposition aux coutumes locales). Son élaboration est l'œuvre exclusive des cours royales de justice (cours de Westminster).

Droit musulman : le droit musulman comporte une *àqîda*, une théologie qui précise ce que le musulman doit croire, et une *charî'a* qui prescrit aux croyants ce qu'ils doivent faire et ne pas faire. On limite trop souvent le droit musulman au second élément.

Neutralité : attitude d'impartialité, qui refuse d'avantager une partie sans raisons objectives.

Egalité : principe d'après lequel tous les individus ont sans distinction la même vocation juridique aux droits et charges que la loi établit.

Contentieux : ensemble des litiges susceptibles d'être soumis aux tribunaux. Peut être utilisé dans un secteur déterminé : par exemple, contentieux administratif, contentieux civil...

Matériel : qui a trait au contenu d'un acte, à son objet.

Formel : qui a trait à la forme d'un acte, aux conditions et aux modes de son élaboration, non à ses conditions de fond ou à son objet.

2 LES GRANDS SYSTEMES JURIDIQUES

1. LE DROIT ROMANO - GERMANIQUE

L'expression désigne les pays dans lesquels la science du droit s'est formée sur la base du droit romain ; il s'agit des pays européens, aussi bien latins que germaniques (d'où l'appellation « romano - germanique »). Les règles de droit y sont conçues comme des règles de conduite étroitement liées à des impératifs de justice. Parmi ces normes, un rôle prépondérant est attribué à la loi ; et pour organiser la législation, les différents pays relevant de ce droit se sont dotés de codes à partir du 19^e siècle. A la faveur de la colonisation, le droit romano - germanique a dépassé les frontières de l'Europe pour influencer toute l'Amérique latine, une grande partie des pays africains, les pays du Proche - Orient et du Maghreb, ainsi que certains pays d'Asie (notamment le Japon, l'Indonésie, et l'Asie du Sud - Est). Son expansion est facilitée par la technique juridique de la codification.

L'apparition du système en Europe aux 12^e et 13^e siècles n'est pas le résultat d'une unification politique ou de la volonté d'un pouvoir central. Elle est le résultat d'une communauté de culture qui dépasse les découpages politiques et les rivalités étatiques. Le droit romain est redécouvert et enseigné dans les universités comme un modèle d'organisation sociale ; en raison de son prestige, il va progressivement influencer les droits nationaux : même si ces derniers conservent leurs spécificités (en particulier coutumières), ils adoptent les classifications, les concepts et les modes de raisonnement du droit romain.

Au 19^e siècle, une avancée supplémentaire sera réalisée par la codification : l'idée est de mettre fin au morcellement du droit et à la multiplicité des coutumes en exposant de façon méthodique le droit qui convient à une société et qui doit être appliqué par les tribunaux. Mais ce travail de codification a été effectué dans les différents Etats européens par le pouvoir politique, et l'ambition unificatrice a disparu. Seule a subsisté la technique.

LA CONCEPTION DU DROIT

Les droits de la famille romano - germanique diffèrent entre eux par le contenu. C'est la conséquence naturelle des différents choix politiques et sociaux des pays qui l'ont adopté. Mais ils ont en commun une même conception du droit, c'est à dire une même conception des règles de droit, et le même type de classification de ces règles.

La règle de droit.

La règle de droit est présentée de la même manière dans les pays relevant de cette famille : en particulier la doctrine ne la considère pas comme une règle destinée à assurer la solution d'un cas concret. Elle est plutôt une règle de conduite dotée d'une certaine généralité et se situant

au dessus des applications que les tribunaux peuvent en faire. Car la règle de droit n'est pas dégagée par le juge : ce dernier doit simplement appliquer la règle votée par le législateur à un cas déterminé. Ensuite, c'est le rôle de la doctrine de dégager des principes qui vont permettre de comprendre une matière, et serviront de guide pour la solution des problèmes juridiques : ces principes ont pour fonction d'établir des cadres pour le droit et vont en retour servir de directives au juge. Ils seront le résultat d'une observation de la pratique, mais surtout des exigences de justice et de morale.

Cette conception de la règle de droit est le fondement de la codification. La codification est impossible si l'on voit une règle de droit dans chaque décision rendue par les juges et si l'on se base sur la jurisprudence. Un code ne doit pas chercher à apporter une solution aux problèmes concrets qui se posent dans la pratique ; il prescrit des règles générales, des principes organisés en systèmes afin de les identifier et de les relier entre eux plus facilement. Ce sont ces règles et ces principes qui permettront ensuite aux magistrats et aux praticiens de déduire la manière dont telle ou telle difficulté doit être résolue. La difficulté de l'exercice de codification réside bien sûr dans le degré de généralité de la formulation de la règle : elle ne doit pas être trop générale car alors elle cesserait d'être un guide suffisamment sûr pour la pratique et devra être interprétée ; elle ne doit pas être trop précise et vouloir régler le détail car elle ne peut prévoir à l'avance tous les cas concrets qui se présenteront dans la pratique. Cette généralité reconnue à la règle de droit explique que la tâche des juristes est conçue dans les pays relevant de ce droit comme un travail d'interprétation des formules législatives.

La principale conséquence de cette conception est qu'il existe dans les pays qui la partagent beaucoup moins de règles de droit que dans les pays où la règle doit entrer dans le détail des situations concrètes. D'ailleurs la connaissance d'un droit de ce système est beaucoup plus facile à acquérir que celle d'un droit de *common law* : le juriste pourra plus facilement identifier quelle règle de droit s'applique à telle ou telle situation. Le système présente des avantages de simplicité et de clarté. Ceci ne signifie pas pour autant que ce type de droit permette de prévoir plus sûrement la solution qui s'appliquera à telle contestation. Car la généralité de la formulation du droit donne au juge une plus grande liberté dans son application...

La distinction du droit public et du droit privé.

Les règles de droit sont groupées en catégories. La division de base est la distinction du droit public et du droit privé. Cette dernière est fondée sur l'idée que les rapports des gouvernants et des gouvernés posent des problèmes spécifiques et supposent une réglementation différente que celle qui gouverne les rapports entre personnes privées. En effet, les premiers mettent en jeu l'intérêt général, alors que les seconds ne concernent que des intérêts particuliers. Or l'intérêt général n'est pas considéré dans les pays de droit romain comme la simple somme des intérêts particuliers : il se situe au dessus de ces derniers, et s'impose à

eux. Ces deux types d'intérêts ne peuvent donc être pesés sur les plateaux d'une même balance, et être réglementés de la même manière. Mais il n'est pas facile de réglementer les activités de la puissance publique : surtout lorsque cette dernière prétend agir au nom de l'intérêt général et dispose à ce titre de prérogatives particulières. Comment concilier l'activité administrative nécessaire au fonctionnement de l'Etat et du pays, et la protection des intérêts privés ? Comment rendre des tribunaux administratifs suffisamment indépendants de l'autorité politique et obliger l'administration à se soumettre à leurs décisions ? Ces conditions sont difficiles à réaliser ; d'ailleurs elles ne l'ont été que tardivement et de façon incomplète dans les différents pays.

A l'intérieur du droit public et du droit privé, on retrouve dans tous les pays relevant de cette famille les mêmes branches fondamentales : droit constitutionnel, droit administratif, droit international public, droit des finances publiques pour le droit public ; droit civil, droit commercial, droit criminel, droit du travail, droit de la procédure pour le droit privé.

Le droit public qui regroupe toutes les règles régissant une situation dans laquelle l'Etat est partie trouve son unité dans l'influence exercée en Europe par Montesquieu et J. J. Rousseau sur le plan philosophique et politique. Il comprend le droit constitutionnel qui englobe l'ensemble des règles relatives à l'organisation de l'Etat (répartition des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire) et au fonctionnement des autorités qui détiennent le pouvoir politique et administratif. Le droit administratif contient l'ensemble des règles relatives à l'organisation et au fonctionnement des administrations publiques et aux rapports entre ces administrations et les particuliers. Le droit des finances publiques réunit les règles relatives au budget et à l'impôt, et les règles applicables aux divers impôts directs et indirects, taxes... Enfin le droit international public régit les rapports des Etats entre eux (mais l'existence même de ce droit est discutée car certains contestent qu'il existe un véritable ordre juridique entre les Etats).

Le droit privé recouvre le droit civil qui concerne la vie privée des individus et les rapports entre eux (famille, droits réels, contrats, responsabilité, sûretés...). Le droit commercial comprend l'ensemble des règles applicables aux commerçants et aux actes de commerce. Le droit du travail régit les relations des salariés et des patrons. Le droit pénal et la procédure pénale définissent les infractions punissables, les conditions dans lesquelles ceux qui les commettent peuvent être poursuivis et les peines qu'ils encourent.

LES SOURCES DU DROIT

Comme on l'a vu, la conception du droit dans les pays de droit romano - germanique est fondée sur la recherche de la justice. Cette recherche est menée par une technique qui a comme point de départ la loi. Les solutions conformes au droit sont dégagées par le législateur et l'autorité administrative qui édictent des dispositions générales, mais aussi par les juges et les juristes qui les interprètent ou les précisent en recourant à d'autres sources.

La loi.

La loi semble dans tous les pays concernés embrasser la totalité de l'ordre juridique ; plus exactement la loi forme le squelette de l'ordre juridique national. Surtout depuis le 19^e siècle où la quasi - totalité de ces pays se sont dotés de codes et de constitutions écrites. La loi paraît être la meilleure technique pour énoncer des règles générales nettes et précises. Au sommet de la hiérarchie que forment les règles juridiques se trouvent les constitutions, ou lois constitutionnelles, qui bénéficient d'un prestige particulier. Leur autorité sur les autres règles de droit est garantie par l'institution d'un contrôle de constitutionnalité des autres lois. L'autorité chargée d'exercer ce contrôle et les modalités de son exercice varient selon les pays : certains ont confié le contrôle au juge ordinaire, d'autres à un juge spécial (une cour constitutionnelle) ; certains ouvrent la saisine de la juridiction à tout citoyen, d'autres la réservent à quelques autorités politiques. Mais dans tous les cas ce contrôle juridictionnel permet de garantir la supériorité de la constitution et de refuser d'appliquer une loi qui ne lui serait pas conforme, puisque la constitution contient les principes fondamentaux concernant l'organisation du pouvoir et les libertés des citoyens.

Les lois ordinaires sont les actes adoptées par le législateur (le parlement) ; elles sont souvent rassemblées dans des codes qui organisent systématiquement la réglementation concernant une matière : code civil, code pénal, code de procédure, code électoral... Ces codes ne doivent pas être comparés aux "compilations" que l'on trouve dans les pays de *common law*, ou aux coutumes rédigées. Les juristes les considèrent d'ailleurs comme un point de départ et non comme un aboutissement.

Outre la constitution et les lois, le droit écrit romano - germanique comporte des règlements émanant d'autorités administratives. La plupart des règlements sont pris dans le cadre et en application de la loi : le législateur ne peut en effet tout prévoir dans une loi. Il n'y inscrit que les principes ou les règles générales gouvernant un domaine. Les règlements d'exécution pris par l'autorité administrative permettent son application dans les cas concrets. La question qui se pose dans ces pays est donc celle du contrôle des autorités administratives en vue de garantir qu'elles se conforment à la loi, et que leurs décisions sont légales. Ce contrôle de légalité est exercé dans certains pays par tous les tribunaux, et dans d'autres par des juridictions administratives spéciales.

La coutume.

La coutume se définit par la réunion de deux éléments : l'un matériel, l'autre psychologique. L'élément matériel réside dans un usage (ou une pratique) ancien, constant et général ; l'élément psychologique consiste dans la croyance chez les sujets à qui s'applique l'usage de son caractère obligatoire.

Dans l'ancien droit les coutumes avaient valeur de loi ; depuis le 19^e siècle elles n'ont plus qu'un rôle complémentaire. Parfois la loi renvoie à la coutume (coutume *secundum legem*) en lui conférant ainsi une force législative ; dans d'autres cas la coutume a vocation à s'appliquer là où la loi est absente ou incomplète (coutume *praeter legem*) ; quant au problème de savoir si la coutume peut aller à l'encontre de la loi (coutume

contra legem), il est réglé facilement en principe (la loi est évidemment supérieure à la coutume), mais plus difficilement en pratique (malgré l'incompatibilité, la règle coutumière va subsister le plus souvent).

Le déclin de la coutume s'explique par la lenteur de sa formation : adaptée à une société qui évoluait à un rythme lent, elle est peu conforme aux aspirations d'un monde en rapide évolution ; la loi peut au contraire réagir immédiatement en fonction des impératifs du temps.

La jurisprudence.

Etant donnée l'importance de la loi comme créatrice de droit dans les pays de la famille romano - germanique, le rôle créateur de la jurisprudence se dissimule toujours dans ces pays derrière l'apparence d'une interprétation de la loi. D'ailleurs la jurisprudence est classiquement définie dans les pays de droit romain comme la règle de droit telle qu'elle est appliquée par les tribunaux lorsqu'ils sont saisis d'un litige. Il est exceptionnel que les juges reconnaissent franchement leur pouvoir créateur de règles de droit ; en général ils entretiennent une attitude de soumission à la loi (alors même que le législateur reconnaît régulièrement que la loi ne peut tout prévoir).

Le juge se défend de créer des règles de droit car c'est l'affaire du seul législateur et des autorités gouvernementales et administratives qui sont appelées à compléter son œuvre. Mais malgré cette modestie le juge crée quelquefois des règles de droit. Entre ces règles de droit jurisprudentiel et les règles de droit posées par le législateur, il existe néanmoins d'importantes différences. D'abord quant à leur importance : la jurisprudence se développe dans les cadres établis par la loi, alors que l'activité du législateur vise précisément à établir ces cadres. La portée du droit jurisprudentiel est de ce fait restreinte, de manière inverse à celle qu'elle connaît dans les pays de *common law*. Ensuite quant à l'autorité : les règles posées par la jurisprudence sont susceptibles d'être rejetées ou modifiées à tout moment à l'occasion de l'examen d'une nouvelle espèce ; un revirement de jurisprudence est toujours possible sans que les juges soient astreints à le justifier.

La doctrine.

La doctrine est constituée par les opinions émises sur le droit par les spécialistes que sont les enseignants, les magistrats, les membres des professions judiciaires et les chercheurs. Elle constitue une source du droit de deux façons : elle organise le droit positif en dégagant de la multitude des textes et des décisions de justice les principes, et en articulant ces derniers de manière logique et ordonnée ; elle émet des jugements de valeur sur le droit positif, relevant ses ambiguïtés ou ses lacunes, son inadaptation ou son injustice, et elle propose les réformes qui paraissent nécessaires.

C'est donc la doctrine qui forge le vocabulaire et les notions de droit dont fera usage le législateur ; elle établit les méthodes selon lesquelles le droit sera découvert. La doctrine influence le législateur lui - même en préparant et en provoquant son action.

C'est en cela que la doctrine a longtemps été la source fondamentale du droit dans les pays de droit romain. C'est en effet dans les universités que

les principes du droit ont été dégagés du 13^o au 19^o siècle ; c'est seulement depuis deux siècles que la primauté de la loi s'est substituée à celle de la doctrine.

Les principes généraux du droit.

La collaboration de la doctrine à l'œuvre d'élaboration se manifeste encore par l'usage de certains principes généraux que les juristes trouvent dans la loi elle - même mais qu'ils savent aussi découvrir, si cela est nécessaire, en dehors de la loi.

Le principe général du droit est une règle juridiquement obligatoire bien que non écrite dans un texte législatif. Il est dégagé le plus souvent par la jurisprudence lorsque le juge fonde sa décision sur une règle non écrite qui accède alors au statut de principe. Dans un premier temps il ne sera fait référence à la règle que dans le corps de la décision ; puis par la suite le juge la posera en principe. Suivant la juridiction qui se prononcera, le principe aura une valeur différente : principes à valeur constitutionnelle pour ceux dégagés par le juge constitutionnel ; principes à valeur législative pour les autres. Plusieurs d'entre eux, une fois dégagés par la doctrine et reconnus par la jurisprudence, ont ensuite été absorbés par la loi.

2. LA COMMON LAW

La *common law* est le système juridique construit en Angleterre par l'action des cours royales de justice (appelées communément "cours de Westminster", lieu où elles siégeaient à l'origine) à partir du 11^o siècle. C'est à partir de cette date que se forme la *common law*, c'est à dire un système de droit nouveau pour l'Angleterre, venant se substituer aux coutumes, et "commun" à l'ensemble du royaume (d'où son nom). Durant une première période les cours royales se bornent à intervenir dans trois catégories d'affaires : celles concernant les finances royales (l'« Echiquier »), celles intéressant la propriété foncière (la « Cour des plaid communs »), et les affaires criminelles graves (la « Cour du banc de la reine »). En dehors de ces cas la justice demeure l'affaire des juridictions locales, seigneuriales et ecclésiastiques. Mais dès la fin du moyen - âge européen, elles demeurent seules à administrer la justice. Elles ne deviendront toutefois des juridictions de droit commun qu'à la fin du 19^o siècle : aussi leur soumettre un cas n'est pas un droit mais un privilège dont il faut solliciter l'octroi au chancelier, grand officier de la couronne. Ce dernier délivre un *writ* (ordonnance) par lequel les juridictions royales sont saisies. A chaque *writ* correspond une procédure particulière déterminant les actes à accomplir, la représentation des parties, la recevabilité des preuves, l'examen par un jury (pas systématiquement d'ailleurs), et les moyens de faire exécuter la décision. Ces questions de procédure ont eu une importance déterminante en Angleterre dans la formation de la *common law*. Alors que dans les pays de droit romain les juristes portaient leur attention sur le fond du droit, les juristes anglais se concentraient sur la procédure ; la *common law* n'a

précisé que par la suite les règles définissant les droits et obligations de chacun.

La famille de la *common law* comprend le droit anglais et celui de la plupart des pays de langue anglaise et des pays du Commonwealth. Ces Etats ont pu conserver des traditions et des institutions qui leur sont propres, comme le prouve l'Inde ; mais l'influence anglaise se retrouve dans les concepts et les manières de penser utilisés par les juristes, et par l'organisation des institutions administratives et juridictionnelles.

LA CONCEPTION DU DROIT

Les circonstances historiques dans lesquelles s'est formée la *common law* permettent d'expliquer ses caractéristiques essentielles ; la conception du droit qu'elle véhicule est fondée sur une définition principalement jurisprudentielle de la règle de droit, une grande importance accordée à la procédure, et la distinction entre la *common law* et l'équité.

La définition jurisprudentielle de la règle de droit.

Le droit anglais est essentiellement jurisprudentiel (*case law*), c'est à dire que ses règles doivent être cherchées principalement dans les décisions rendues par les cours supérieures. Une fois franchis les obstacles de la procédure, les juges tranchaient en utilisant les coutumes locales, des solutions du droit romain ou canonique, ou encore innovaient en s'appuyant sur ce qui leur semblait raisonnable. Mais lorsqu'il fait des déclarations qui ne sont pas strictement nécessaires pour la solution du litige, le juge anglais émet des opinions qui ne constituent pas des règles de droit. La règle de droit anglaise se place donc au niveau de l'espèce pour la solution de laquelle elle a été dégagée. On ne peut la placer à un niveau supérieur. Quant aux règles formulées par le législateur qui pourraient avoir ce caractère de généralité, elles sont inévitablement interprétées par la jurisprudence. Et ce sont ces applications faites par le juge qui prennent la place des dispositions que le législateur a édictées : c'est à dire que ces dispositions ne seront pleinement assimilées au droit que lorsqu'elles auront été reprises et réaffirmées - ou reformulées - par les cours dans les conditions normales d'élaboration de la *common law*.

La différence avec la conception du droit romain est évidente : ce dernier est fondé sur des principes dégagés par la doctrine dans les universités ; la règle de droit y est générale et vise à diriger la conduite des citoyens. La règle de droit anglaise apporte la solution à un litige en se fondant essentiellement sur la procédure à suivre. La *legal rule* de la *common law* sera donc plus étroite que la « règle de droit » : le juge a pour fonction de rendre la justice, et non de formuler des règles générales qui dépassent la portée du litige qui lui est soumis.

L'importance de la procédure.

Comme l'indique l'adage « *remedies precede rights* », l'attention des juristes anglais s'est concentrée pendant longtemps sur les différentes procédures très formalistes engagées par les *writs*. La procédure vise un seul but : formuler les questions qui seraient soumises au juge. La *common law* ne se présente donc pas comme un système visant à protéger des droits préalablement définis dans des textes ; elle consiste principalement dans des règles de procédure propres à assurer la solution

des litiges conformément à la justice. Elle a été ordonnée dans des cadres imposés par la procédure. C'est seulement depuis un siècle que la science du droit s'est efforcée de rationaliser et d'ordonner ces cadres traditionnels.

C'est ainsi que les cours supérieures, lorsqu'elles sont appelées à examiner une décision d'une cour inférieure ou d'un arbitre, font porter d'abord leur appréciation sur la manière dont a été conduite la procédure. Elles ne cherchent pas à vérifier si la décision est justifiée ou non, mais si elle a été prise au terme d'une procédure loyale et juridiquement correcte. L'idée que l'accusé doit avoir un procès loyal (*fair trial*) et que les règles de procédure doivent être scrupuleusement respectées est centrale en droit anglais : il est en effet conçu sous un aspect essentiellement contentieux et soucieux avant tout de la bonne administration de la justice. Une procédure bien réglée et loyale devra nécessairement déboucher sur une solution juste.

La distinction entre *common law* et équité.

La distinction entre *common law* et *equity* constitue la distinction fondamentale du droit anglais, comparable à la distinction du droit romain entre droit privé et droit public (les juristes anglais se divisent naturellement en *common lawyers* et *equity lawyers*). Les origines de l'équité se situent au 16^e siècle : il s'agissait d'imaginer un remède aux imperfections du système des cours royales et à certaines décisions contraires à l'équité. Dans les cas où la technique du droit était en défaut, les particuliers avaient alors la possibilité de demander au roi (par l'intermédiaire du chancelier) d'intervenir pour qu'il impose une solution de justice.

L'intervention du chancelier ne consistait pas à formuler des règles de droit, ou à modifier le droit appliqué par les cours de *common law*. Au contraire l'un des axiomes de la chancellerie était que l'équité respecte le droit (« *Equity follows the law* ») ; mais il intervenait au nom de la loi morale pour éviter que l'application stricte du droit n'aboutisse à une solution et une situation injustes. Ce faisant il dégageait - au nom de la morale - un certain nombre de règles, dites d'équité, complémentaires à la *common law*. L'équité recouvre donc un corps de règles juridiques administrées par la cour de la chancellerie selon une procédure et dans des conditions très formalistes. Dans une même affaire, il pouvait alors être nécessaire de former deux actions, l'une devant une cour de *common law* et l'autre devant la Cour de la chancellerie. Cette situation a été modifiée en 1873 - 1875 (*Judicature Acts*). Depuis cette date, toutes les juridictions peuvent appliquer les sanctions de la *common law* autant que les remèdes de l'équité. Mais au sein de la cour suprême, certains juges regroupés dans la "Division du banc de la reine" statuent selon la procédure orale et contradictoire de la *common law* tandis que ceux de la "Division de la chancellerie" statuent selon une procédure écrite et inquisitoire inspirée de la procédure d'équité. Et les avocats continuent de se spécialiser en *common lawyers* ou *equity lawyers*.

LES SOURCES DU DROIT

Le droit anglais a été historiquement élaboré par les cours de Westminster (*common law*) et par la Cour de la chancellerie (équité) : il est typiquement un droit jurisprudentiel, et c'est donc par la jurisprudence qu'il faut commencer l'étude de ses sources.

La jurisprudence.

Alors que dans les pays de droit romano - germanique, les principes juridiques sont inscrits dans un corps de règles pré - établies et la jurisprudence n'est qu'une source secondaire, la situation est très différente en Angleterre. La *common law* y a été créée par les cours royales : c'est à dire que le rôle de la jurisprudence y a été non pas d'appliquer mais bien de dégager les règles de droit. Il est donc naturel que la jurisprudence se soit vue reconnaître en Angleterre une autorité très supérieure de celle qu'elle peut avoir ailleurs.

D'ailleurs les règles posées à l'occasion des décisions judiciaires doivent être suivies, sous peine de détruire toute certitude et de compromettre l'existence même de la *common law* : c'est l'obligation du précédent, suivie avec rigueur par les juges anglais depuis le début du 19^e siècle. La règle du précédent repose précisément sur deux propositions : les décisions rendues par la Chambre des Lords constituent des précédents obligatoires qui doivent être suivis par toutes les juridictions ; les décisions rendues par les juridictions composant la Cour suprême constituent des précédents obligatoires pour toutes les juridictions inférieures et pour la Cour d'appel elle - même. Les seuls précédents obligatoires sont donc formés par les décisions des cours supérieures ; les décisions émanant d'autres cours peuvent avoir valeur persuasive, mais jamais obligatoire. La règle du précédent est assouplie dans la pratique par les conditions de publication des décisions de justice : la publication ne concerne en effet que 75% des arrêts de la Chambre des Lords, et 25% des décisions des tribunaux de la Cour suprême. Il est ainsi possible d'éliminer un grand nombre de décisions qui ne méritent pas d'être regardées comme des précédents.

Il faut noter que la règle du précédent joue également en ce qui concerne l'interprétation des lois (*statute law*). La conséquence en est que les dispositions de la loi anglaise sont souvent noyées sous un flot de décisions jurisprudentielles dont l'autorité se substitue à celle des textes légaux. L'esprit général de la loi peut alors être perdu de vue dans le maquis des décisions portant chacune sur un point particulier.

La règle posée dans une décision antérieure ne peut lier le juge que si elle se rapporte à des faits analogues. Le juge peut donc écarter la règle en déclarant que les faits de l'affaire qui lui est soumise sont différents de ceux de l'affaire précédemment jugée : c'est le procédé de la distinction. D'autre part, même si les faits sont analogues, le juge peut estimer ne pas être lié par une règle qui ne constitue pas un motif déterminant de la décision précédente : dans les motifs donnés par le juge à l'appui de sa décision, le juriste doit distinguer ce qui est le support nécessaire de la décision (*ratio decidendi*) et ce qui est *obiter dictum*, ce que le juge a déclaré sans nécessité absolue. La *ratio decidendi* constitue une règle jurisprudentielle qui doit être suivie à l'avenir. Ce qui est *obiter dictum* n'a

pas cette autorité et dispose d'un simple pouvoir de persuasion dépendant largement du prestige du juge.

La loi.

Le terme englobe la loi proprement dite (*statute law*) et les dispositions réglementaires prises en exécution de la loi par les autorités politiques et administratives, et qui sont regroupées sous l'appellation de législation déléguée ou législation subsidiaire. Il faut noter qu'il n'existe pas de constitution écrite en Angleterre, et que ce qui en tient lieu est l'ensemble des règles d'origine législative et jurisprudentielle qui garantissent les libertés fondamentales des individus et limitent le pouvoir. Il n'existe donc pas de différence formelle entre loi constitutionnelle et loi ordinaire, et de ce fait la question du contrôle de constitutionnalité ne se pose pas. Le parlement ne trouve d'ailleurs d'autre limite à sa toute - puissance que le contrôle de l'opinion publique.

C'est dire que son œuvre, la loi, est souveraine et mérite une application littérale par le juge. Mais son contenu est limité puisqu'elle ne fait qu'apporter des adjonctions ou des correctifs aux principes posés par la jurisprudence. Elle sera donc interprétée restrictivement : le juge anglais utilise un certain nombre de présomptions dans son travail d'interprétation ; en particulier le législateur est présumé avoir voulu modifier le droit antérieur le moins possible, et le législateur a entendu ni imposer une obligation sans faute ni priver une personne d'un droit existant, ni exclure le pouvoir de contrôle des juges. Car dans la conception traditionnelle anglaise, la loi n'est pas regardée comme un mode d'expression normal du droit ; et les dispositions qu'elle contient ne seront définitivement admises et incorporées au droit que lorsqu'elles auront été appliquées et interprétées par les cours.

La coutume.

L'importance de la coutume (*custom*) est très secondaire et ne peut être comparée aux deux précédentes. Contrairement à une opinion courante le droit anglais n'est pas coutumier, et la *common law* est précisément venue se substituer aux coutumes de l'époque anglo - saxonne. D'ailleurs tout rôle important est enlevé à la coutume locale par la règle exigeant de celle - ci pour qu'elle soit obligatoire qu'elle ait le caractère de coutume immémoriale, c'est à dire antérieure au 12^o siècle...

Cette exigence ne s'applique toutefois qu'aux coutumes locales et non aux coutumes commerciales (*mercantile customs*). C'est en ce domaine, depuis l'absorption du droit commercial par la *common law*, qu'existent des coutumes juridiquement obligatoires. Dans les autres domaines, les coutumes ont généralement été consacrées par la loi et la jurisprudence, et ont donc perdu leur caractère de coutume ainsi que la souplesse et les capacités d'évolution qui les caractérisent.

La doctrine.

En Angleterre le droit doit davantage aux juges qu'aux professeurs ; les œuvres de doctrine qui font autorité ont été rédigées par des juges. Et depuis le 19^o siècle ces œuvres prennent essentiellement en considération le fond du droit, et pas simplement la procédure.

Le droit jurisprudentiel anglais laisse subsister beaucoup de lacunes ; la doctrine est appelée à combler ces lacunes en utilisant la raison comme source subsidiaire du droit. Chercher une solution raisonnable, lorsqu'il n'existe aucun principe ou aucun précédent en la matière, c'est rechercher la solution qui est la plus en harmonie avec les règles de droit existantes et qui de ce fait paraît la plus satisfaisante du point de vue de la sécurité et de la justice.

LE DROIT DES ETATS - UNIS D'AMERIQUE

En s'installant sur le continent américain au début du 17^o siècle, les colons anglais amènent avec eux la *common law* britannique ; mais ils la transforment pour tenir compte des conditions différentes de vie en Amérique. L'indépendance acquise par le traité de Paris en 1783 ne remet pas en cause la *common law*, les constitutions et lois des Etats posant le principe du maintien en vigueur du droit existant lors de l'indépendance. Les nouveaux Etats créés après l'indépendance garderont la *common law*, à l'exception de la Louisiane qui adopte un code civil inspiré du code civil français. A partir de 1820, plusieurs Etats s'engagent dans la voie de la codification de la *common law* en vue de la simplifier et de la moderniser. La guerre civile, dite de sécession, entre 1861 et 1865 a pour conséquence une limitation importante des droits et de l'autonomie des Etats, ce qui va contribuer à homogénéiser leurs systèmes juridiques. Néanmoins l'abondance de la législation, tant fédérale que d'Etat, pousse au morcellement ; c'est la raison pour laquelle des efforts sont régulièrement faits pour adopter des lois de contenu identique (dans le domaine commercial notamment) et pour procéder à une codification.

La constitution.

La constitution fédérale adoptée en 1787 et complétée par 27 amendements domine l'ensemble du droit des Etats - Unis d'Amérique. Le texte est pourtant ancien et ne paraît donc pas adapté à l'époque contemporaine ; il est de plus incomplet et sa formulation reste souvent vague. S'il subsiste et continue d'être révééré, c'est qu'il fait l'objet d'interprétations fréquentes de la part de la Cour suprême et des juridictions nord - américaines : des interprétations souvent audacieuses qui font dire aux textes constitutionnels beaucoup plus qu'ils ne signifiaient lorsqu'ils ont été adoptés au 18^o ou au 19^o siècle. Ce sont les juges qui concilient aux Etats - Unis la stabilité nécessaire du droit avec son indispensable évolution.

Du point de vue de son contenu, la constitution organise la répartition des compétences entre l'Etat fédéral et les Etats fédérés en conférant à ces derniers une compétence de principe : ils peuvent donc légiférer dans toutes les matières qui ne sont pas attribuées à la fédération, notamment en matière de droit privé, de droit pénal et de réglementation publique. Le législateur fédéral se voit reconnaître quatre titres principaux de compétence : l'établissement des impôts, la réglementation du commerce entre les Etats, la garantie des libertés individuelles, l'adoption des "lois nécessaires pour mettre en œuvre les pouvoirs conférés au gouvernement des Etats - Unis". Par ailleurs la constitution affirme plusieurs droits individuels : la vie, la propriété, et la liberté ne peuvent être limitées par

les Etats ou la fédération "sans une procédure juridique convenable" (*due process of law*), formule qui est à l'origine d'une jurisprudence abondante de la Cour suprême ; le principe de "l'égalité protection des lois" est également la source d'une importante jurisprudence ; enfin les droits civils et politiques (liberté d'opinion et d'expression, sûreté) sont protégés par les dix premiers amendements.

La common law.

Le terme recouvre en réalité la *common law* proprement dite et l'équité car les procédures des deux types ont été réunies plus rapidement et plus complètement qu'en Angleterre (en particulier la spécialisation des juridictions et des juristes y a complètement disparu). Depuis 1938 ("Erie Railroad Company v. Tompkins") la Cour suprême des Etats - Unis considère que la *common law* est étatique dans les domaines qui relèvent de la compétence des Etats fédérés ; ce sont donc les Cours suprêmes des Etats fédérés qui développent les règles de *common law*. Le morcellement qui est en résulte est cependant très relatif : les juridictions ont l'habitude de prendre en compte les décisions rendues dans d'autres Etats fédérés ; et surtout les "réexposés du droit" (*restatement of the law*) publiés depuis les années 1930 exposent les principes adoptés par la majorité des juridictions étatiques sur les secteurs concernés par la *common law* : contrats, propriété, droit des affaires...

La législation.

La législation provient des Etats fédérés et de l'Etat fédéral : la première est importante en raison de l'étendue des compétences des Etats ; les inconvénients du morcellement sont atténués par la pratique de la rédaction de projets - modèles de lois : ainsi un code uniforme du commerce a été adopté par tous les Etats fédérés. La seconde prend la forme des lois fédérales votées par le Congrès, et de la législation déléguée fondée sur une délégation du pouvoir législatif au profit du Président ou d'un organisme administratif indépendant.

Les lois font l'objet d'un contrôle de conformité à la constitution de la part de toutes les juridictions ordinaires : en effet un tribunal ne peut appliquer une loi - étatique ou fédérale - lorsqu'un plaignant a soulevé l'exception d'inconstitutionnalité ; dans ce cas le juge doit se prononcer sur ce point avant de trancher le litige au fond. Ces décisions étant susceptibles d'appels successifs devant des juridictions plus élevées, les affaires les plus importantes parviennent à la Cour suprême fédérale qui statue en dernier ressort. En raison du laconisme de la constitution, cette dernière a souvent imposé ses propres conceptions juridiques et politiques au pouvoir exécutif ou législatif.

3. LE DROIT SOCIALISTE

L'Etat socialiste caractérisé par la collectivisation des moyens de production sur le plan économique et par la domination d'un parti communiste sur le plan politique a pour objectif de préparer la société

communiste. Dans le cadre de l'Etat socialiste, le droit a une grande importance car le développement d'une économie planifiée a engendré une abondante réglementation. Ce dernier appartient à une famille différente de ceux des pays capitalistes puisque dans ceux-ci le jeu des forces économiques est dirigé par les intérêts privés. Au contraire le marxisme - léninisme postule que les biens de production doivent être exploités conformément à un plan établi dans l'intérêt de la collectivité.

La famille du droit socialiste s'est étendue jusqu'en 1991 à l'URSS et aux démocraties populaires européennes, mais aussi aux "régimes - frères" d'Afrique et d'Asie. Elle s'est restreinte depuis, et demeure représentée essentiellement en Chine, au Viet Nam et au Laos, ainsi qu'à Cuba. Mais l'influence communiste reste prégnante dans les anciennes républiques soviétiques d'Asie centrale, ainsi qu'en Biélorussie (Belarus), Ukraine et Géorgie. La conception générale du droit est semblable, même si chacun de ces régimes suit sa propre voie.

LA CONCEPTION DU DROIT

La conception socialiste du droit dérive du marxisme - léninisme : cette doctrine qui a découvert les lois gouvernant le développement des sociétés, et les principes permettant l'avènement d'une société débarrassée de la misère et de l'oppression. Elle est donc à la fois une explication du monde et un guide pour l'action.

Le marxisme - léninisme et le droit.

Pour Marx, ce qui est véritablement décisif pour comprendre une société, ce sont les conditions dans lesquelles sont exploités les biens de production. Cette infrastructure économique détermine les idées, les mœurs, la morale et la religion. Le droit est également une superstructure ; il ne fait que servir les intérêts de la classe dominante qui détient les moyens de production. Le droit est donc un moyen d'oppression de la classe exploitée, et n'est considéré comme "juste" que par la classe dominante. Car la justice est une notion historique conditionnée par les circonstances de classe. Le droit d'un Etat bourgeois néglige les intérêts du prolétariat et représente pour ce dernier la négation de la justice. Peu importe dans ces conditions que la règle de droit s'exprime d'une manière impérative, coutumière ou sous la forme d'une décision judiciaire, sa nature est fixée définitivement par son appartenance à une certaine forme de société étatique. Le caractère coercitif du droit rend illusoire toute tentative de garanties des libertés. L'Etat libéral prétend instaurer un Etat de droit en affirmant l'existence de droits et de libertés ; mais cette tentative est purement formelle et ne profite qu'aux membres de la classe dirigeante.

La lutte de classes et l'exploitation cesseront avec l'abolition de la propriété privée des moyens de production qui est à l'origine de l'inégalité sociale et de l'exploitation. Lorsque les biens de production seront exploités dans l'intérêt de la communauté toute entière, il en résultera une transformation de la société et de l'homme lui-même. L'homme sera libre puisqu'il n'aura plus à vendre sa force de travail au profit d'un exploiteur. Ce sera la société communiste. Toute contrainte sera inutile ;

l'Etat et le droit qui sont des instruments de coercition disparaîtront. Les règles de conduite que l'on rencontrera auront le même caractère que celles de la société primitive : ce seront des règles morales ou des coutumes, que les individus respecteront spontanément parce qu'ils comprendront leur conformité à l'intérêt général, c'est à dire l'intérêt de tous.

En attendant l'avènement de la société communiste, le rôle du droit socialiste n'est pas de faire régner l'ordre ou de fournir un principe de solution des litiges. Le droit socialiste est conçu avant tout comme un moyen de transformer la société pour l'accompagner sur la voie communiste. Le but du droit est donc identique à celui de la politique : donner à la société une organisation économique nouvelle, et éduquer les citoyens en leur montrant le caractère coupable de certains comportements admis dans les pays capitalistes.

La légalité socialiste.

Les régimes socialistes proclament le principe de légalité, mais il faut l'interpréter différemment du principe de suprématie du droit (*rule of law*) affirmé dans les pays libéraux. Les différences tiennent aux fonctions jouées par le droit, à son fondement, et à son caractère transitoire.

Dans les pays socialistes le droit est appelé à remplir de nouvelles fonctions. Il n'a pas à exprimer une certaine conception de la justice, fondée le plus souvent sur la tradition, mais il doit servir à organiser les forces économiques et à transformer les comportements des citoyens. Il s'agit donc d'un droit dynamique au service de la politique révolutionnaire du gouvernement. Il s'agit donc également d'un droit "public" car sa non-observation n'est pas simplement une atteinte portée à tel ou tel intérêt particulier, mais la remise en cause de la politique d'évolution vers le communisme : son respect est beaucoup plus impératif car il intéresse la société toute entière. Le principe de légalité est plus nécessaire et plus exigeant dans les pays socialistes que dans les pays capitalistes où le droit cherche seulement à réaliser la justice entre des personnes privées qui font valoir leurs droits subjectifs. Alors que dans une société socialiste, c'est l'ensemble de la communauté qui est intéressée par le respect du droit.

Concernant le fondement du droit, le marxisme se distingue du positivisme et du jusnaturalisme dominants chez les juristes bourgeois. Les marxistes ne reconnaissent la qualité de règles juridiques qu'à celles édictées par l'Etat ; mais ils se refusent à ne considérer du droit que l'aspect formel. Le droit ne doit jamais être isolé des faits sociaux ; il doit être analysé comme le résultat d'un processus de construction conditionné par des réalités économiques et des relations sociales. En considérant que le législateur n'est pas libre de son activité de création du droit parce qu'il est lié par des éléments extérieurs ou antérieurs, le marxisme se distingue du positivisme. Pour autant il ne partage pas la conception du droit naturel ; ou plutôt il donne un sens différent à cette expression, car il ne se réfère ni à la nature des choses, ni à la nature humaine, ni encore à une notion transcendante de justice. Pour les marxistes, ce qui commande en dernière analyse l'action du législateur est constitué par les conditions

de vie matérielles et l'aménagement des rapports de production. Ce faisant le marxisme ne se désintéresse nullement du fondement et des finalités éthiques du droit. Il considère au contraire que sa morale - celle de la société sans classes - est supérieure, et justifie le droit socialiste.

Le principe de légalité correspond aux nécessités de la période du socialisme, qui est transitoire. Le but poursuivi - l'établissement d'une société communiste - se traduira naturellement par le dépérissement de l'Etat et du droit. Les institutions juridiques ne doivent donc pas être analysées pour elles - mêmes, mais en fonction du but poursuivi ; elles ne doivent pas être considérées comme intangibles puisqu'elles sont condamnées à disparaître dès qu'elles auront réussi.

Le rejet de la distinction du droit public et du droit privé.

La distinction du droit public et du droit privé est traditionnelle dans les pays de droit romain. Elle n'a aucune signification dans les pays socialistes où, selon la formule de Lénine, "dans le domaine de l'économie tout relève du droit public, il n'y a plus de droit privé". Cela ne signifie pas que le droit public aurait absorbé le droit privé, mais que le dualisme masque l'unité fondamentale du droit qui, dans toutes ses branches, est un reflet de l'organisation économique. Le droit n'étant qu'un instrument de la domination de la classe dirigeante, il n'existe pas d'autonomie pour un droit privé qui prétendrait, en dehors de toute préoccupation politique, organiser la justice sociale. Dire que tout le droit est public signifie que tous les rapports de droit sont commandés par des principes politiques et que les règles de droit sont le produit d'une volonté politique et pas d'une justice transcendante. Le droit est politique.

Le socialisme aspirant à changer la société, il va donner à ce droit essentiellement public un caractère impératif très marqué.

A titre d'illustration, le droit de propriété - droit privé dans les pays capitalistes - ne peut prendre qu'une forme collective dans les pays socialistes : propriété d'Etat, propriété coopérative et propriété des organisations sociales. Il est évident qu'en système socialiste ni les simples particuliers ni les sociétés privées ne peuvent être propriétaires de moyens de production. La propriété personnelle ne peut porter que sur les maisons d'habitation, le produit de l'épargne et les objets d'usage personnel.

Autre illustration : le contrat. S'il existe la possibilité de contrats de droit civil entre particuliers, les relations entre entreprises ne font l'objet que de décisions unilatérales de l'administration, ou de contrats économiques qui sont des "contrats planifiés" (qui concrétisent les données du plan concernant la qualité des travaux à accomplir ou des quantités de marchandises) ou "forcés" (imposés par les actes administratifs de planification). Ces derniers ressemblent plus à des contrats administratifs qu'à des contrats de droit privé, mais avec des différences essentielles : collectivisation des biens de production et planification provoquent l'absence d'une opposition d'intérêts entre les contractants.

Enfin en matière de responsabilité, le principe général est celui de la responsabilité sans faute pour les entreprises qui doivent réparer tous les dommages causés par leurs travailleurs.

LES SOURCES DU DROIT

La loi joue un rôle déterminant dans le droit socialiste parce qu'elle est le vecteur efficace d'un changement rapide et révolutionnaire de la société ; le caractère dynamique et volontariste du droit socialiste peut ainsi s'affirmer. Les facteurs d'évolution plus lents comme la jurisprudence et la coutume occupent une place limitée.

La loi.

Dans les pays socialistes tout le pouvoir politique est concentré entre les mains de l'organe législatif représentant le peuple. L'exécutif, l'administration et la justice lui sont subordonnés. Il n'est donc pas question de séparation ni d'équilibre entre les pouvoirs ; il existe seulement une répartition des fonctions entre les divers organes de l'administration étatique, sous la direction suprême des représentants du peuple : le Soviet suprême en URSS, et dans la plupart des démocraties populaires. Le pouvoir législatif est donc exercé exclusivement par le Soviet suprême. Dans l'intervalle de ses sessions, le Soviet accorde une délégation permanente à son propre bureau (le "Présidium" en URSS) : les lois demeurent ainsi l'œuvre exclusive de l'organe législatif. Les décrets et règlements adoptés par le conseil des ministres le sont sur la base et en exécution des lois et règlements en vigueur. Il n'existe donc pas de pouvoir réglementaire autonome. Cependant les liens sont étroits entre le Soviet et le conseil des ministres, puisque la plupart de leurs titulaires sont membres du parti communiste qui définit les orientations principales du régime.

Etant donné l'idéal recherché par le socialisme, la loi se présente avec un caractère impératif et demande à être interprétée en conformité avec l'intention de ses auteurs. On attend des juristes et des magistrats une interprétation qui conduise à une application de la loi telle que conçue par la volonté des dirigeants. Cela n'implique pas que l'interprétation des lois en pays socialistes soit forcément littérale, ni que les lois doivent être appliquées à la lettre. Une telle attitude aboutirait d'ailleurs à faire de la loi une valeur "en soi", indépendamment de la politique poursuivie, ce qui serait en contradiction avec la conception marxiste du droit. L'interprétation des lois par le juge socialiste va donc être une interprétation logique tendant à donner aux textes le sens qu'ils comportent en fonction des principes qui structurent le système et qui guident la politique des gouvernants : c'est à dire les principes de la doctrine marxiste - léniniste.

La réglementation administrative.

Les actes réglementaires pris par les autorités administratives centrales ou locales n'ont pas d'autonomie par rapport à la loi, pas plus que ces autorités n'en ont à l'égard du parlement. Cependant ces mesures sont nombreuses et prennent des formes diverses : décrets du conseil des ministres, arrêtés ministériels, instructions, contrats administratifs... Du fait de la collectivisation de l'économie, l'administration joue un rôle beaucoup plus important que dans les pays capitalistes. En particulier toutes les entreprises sont publiques, et leurs actes entrent donc dans le domaine du droit réglementaire. Elles ont pour mission d'exécuter le plan

de développement économique de la nation ; elles ne peuvent sortir des limites de ce dernier ; et c'est à l'administration de prendre les mesures générales et particulières pour fixer à chaque entreprise les objectifs et les limites de son activité (en fonction des orientations générales du plan national).

La jurisprudence.

Dans le cadre de la conception socialiste, le droit est étroitement rattaché à la politique des dirigeants et considéré comme un instrument de la souveraineté du peuple représenté par le parlement : la jurisprudence doit donc y être cantonnée dans un rôle d'interprétation de la loi, à l'exclusion d'un rôle de créateur de règles juridiques. Cette position de principe est renforcée par l'absence d'un véritable "pouvoir judiciaire" comparable à celui qui existe dans les pays libéraux. Les juges sont certes indépendants de l'administration, mais ils doivent respecter les directives du parlement et du parti communiste.

Il n'existe dans les régimes socialistes aucun contrôle de constitutionnalité de la loi, puisqu'elle est une règle suprême émanant des représentants du peuple. Par contre, les tribunaux peuvent être autorisés à juger de la légalité des actes administratifs. Dans le cadre d'un contentieux, les tribunaux ont une simple fonction d'interprétation de la loi en vue de son application ; il n'est pas dans leurs attributions de faire évoluer le droit ou de le modifier.

Les tribunaux n'ont pas seulement à interpréter et à appliquer les lois ; ils doivent assurer le succès de la politique entreprise en participant à l'œuvre d'éducation du peuple. Ils doivent mettre en évidence dans chaque affaire qu'ils ont à examiner une solution fondée sur le droit, mais qui soit également raisonnable et juste, et ainsi approuvée par les parties, y compris celle qui perd le procès. Le tribunal devient ainsi une école de la justice et de la concorde pour l'ensemble de l'opinion publique.

La coutume.

La conception marxiste - léniniste du droit laisse un rôle très restreint à la coutume. La transformation totale de l'homme et de la société implique un changement révolutionnaire dans lequel la coutume représente plutôt le passé. Aussi ne conserve-t-elle une certaine importance que dans la mesure où elle est utile à l'interprétation de la loi ou à son application, et à condition que la loi se réfère explicitement à elle.

Néanmoins ce déclin ne devrait avoir qu'un caractère provisoire : la société communiste sera en effet une société sans droit, où les rapports entre les hommes et les groupes ne seront réglés que par la coutume. La préfiguration de cette coutume apparaît dans les constitutions de plusieurs Etats socialistes sous l'expression de "règles de vie en commun dans une communauté socialiste" : ces règles non écrites qui imposent des obligations aux citoyens sont déjà le fondement de la coutume à venir. En participant volontairement aux activités sociales organisées par le pouvoir, les citoyens préfigurent ce qui sera la réalité de la vie sociale dans la société communiste du futur.

La doctrine.

La doctrine dans les régimes socialistes conçoit son rôle de façon assez comparable à celle des pays de droit romano - germanique : exposer les règles de droit existantes, en faciliter la connaissance et la compréhension en rendant clair ce que le législateur a voulu ; coopérer à l'amélioration du droit, dans l'intérêt national. La catégorie des chercheurs peut être nettement séparée de celle des enseignants et de celle des praticiens du droit dans certains pays ; mais généralement la doctrine et la "pratique" se retrouvent chez les mêmes individus : enseignants appelés en consultation par une administration ou une entreprise, chercheur invité à enseigner...

4. LE DROIT MUSULMAN

Les pays d'Islam offrent un exemple de droit religieux, c'est à dire un droit soumis et intégré à une dimension spirituelle qui le transcende. Autrement dit une religion détermine la vie, les relations contractuelles, le statut personnel et les rapports de voisinage entre les individus. Car le droit musulman n'est qu'une des faces de la religion de l'Islam. Cette science indique au musulman comment il doit se comporter (puisqu'il ne s'applique qu'entre musulmans) et les droits dont il dispose. Elle se fonde non seulement sur les écritures (le Coran et la tradition du Prophète) mais aussi sur une immense doctrine élaborée au cours des siècles par les docteurs théologiens et juristes. Il en résulte un système juridique entièrement original par rapport aux autres droits existants.

Bien que né dans le monde arabe, l'Islam s'est étendu en Afrique et surtout en Asie, de l'Indonésie au Pakistan, de l'Inde aux républiques d'Asie centrale en passant par la Chine.

LES FONDEMENTS DU DROIT MUSULMAN

Dans aucune autre famille juridique la règle de droit ne subit autant d'influences religieuses que dans le droit musulman. Ni ses principes, ni le développement de ses sources, ni les décisions de justice ne peuvent se comprendre sans faire référence à la religion révélée. Théologie et droit sont donc intimement liés.

La loi de l'Islam.

L'Islam est à la fois un code de conduite, un instrument de vie et un facteur d'ordre social. Il est bâti autour de la révélation faite par Dieu (*Allah*) au Prophète Mahomet et transcrite dans le Coran. Il se traduit pour le fidèle par des obligations rituelles résumées dans les cinq piliers de l'Islam : la profession de foi reconnaissant qu'aucune autre divinité n'existe que Dieu dont Mahomet est le Prophète ; la prière quotidienne, et celle du vendredi à la mosquée sous la direction de l'Imam ; l'aumône (*zakat*), geste charitable envers les plus démunis ; le *ramadan* qui oblige chaque année pendant un mois le musulman à s'abstenir de manger et boire entre le lever et le coucher du soleil ; enfin le pèlerinage à La Mecque doit être effectué au moins une fois dans sa vie par celui qui en a les moyens financiers et physiques.

Mais l'Islam est à la fois une religion, une politique et un système juridique. La séparation entre le spirituel et le temporel posée par le christianisme est choquante pour l'Islam, comme une relégation de Dieu hors de ce qui lui appartient. Entouré dès l'époque de Médine d'une communauté dont il faut organiser la vie, le Prophète se met à légiférer sur le mariage, l'héritage... En lui, c'est Dieu qui est censé parler. Les réglementations politiques et juridiques sont donc le fruit d'une révélation divine qui est celle d'une loi. Il en est de même des paroles et des gestes du prophète (*hadith*) qui indiquent la voie au fidèle. Après la mort du prophète, le califat en tient lieu et maintient la loi dans les domaines politiques, sociaux et culturels : la loi religieuse qui préserve la cohésion sociale « en ordonnant ce qui est convenable et en interdisant ce qui est blâmable » (Coran, III, 110). Voilà pourquoi on a pu soutenir que le droit musulman n'existe pas ; plus exactement, il se confond avec la religion.

Les deux courants de l'Islam.

En 657 de l'ère chrétienne, l'Islam se scinde en deux courants qui interprètent différemment le Coran. Ils sont le produit d'inimitiés familiales et claniques, et s'exacerbent dans la lutte pour le pouvoir après la mort du Prophète. Car ce dernier n'a pas laissé de directives pour sa succession : qui est habilité à lui succéder ? Qui peut revendiquer le premier califat ? Au nombre des prétendants, s'opposent Ali, cousin et gendre de Mahomet, et les chefs de clan soutenus par Aïcha, l'épouse "bien - aimée" du Prophète. La guerre civile qui éclate conduit au schisme entre la famille largement majoritaire des « sunnites » (de *sunna*, la tradition écrite du Prophète), et le courant minoritaire chiite qui ne représente que 10% de la communauté islamique.

Sur le plan juridique, la portée de ce schisme est déterminante : en effet face à l'idéal chiite, volontiers utopiste et prétendant comprendre le sens caché des versets du Coran, qui s'est souvent montré rebelle au pouvoir politique, la religion sunnite insiste sur son caractère rationnel et consensuel quitte à s'allier aux pouvoirs en place. Entre les deux courants, les divergences d'interprétation sont innombrables, et les rituels assez éloignés.

L'Islam ne se limite d'ailleurs pas à ces deux familles. Il est éclaté entre clans, sectes et confréries mystiques ou radicales, ce qui ne facilite pas l'analyse des règles communes concernant le droit. Concernant l'interprétation de la loi divine, le monde musulman sunnite se partage en quatre écoles : l'école hanéfite, fondée en Irak par Hanifa né en l'an 80 de l'hégire, est caractérisée par un souci de rationalité dans la recherche des solutions et une grande prudence dans l'utilisation de la tradition. L'école malékite fondée par Malik Ibn Anas né en l'an 93 de l'hégire est considérée comme la plus respectueuse de la tradition de Médine et de la finalité de la foi religieuse. L'école chafécite (El Chafei est né en 150 de l'hégire) poursuit un idéal religieux, presque mystique, éloigné de l'examen de la pratique. Enfin le hanbalisme (fondé par Ibn Hanbal) est la plus rigoureuse et la plus attachée à une interprétation littérale de la tradition. Ces écoles de droit musulman diffèrent entre elles sur de multiples points, mais les principes demeurent communs ce qui permet

l'application de règles similaires dans des pays relevant pourtant d'écoles différentes.

Le principe d'autorité.

Le musulman a le devoir de se soumettre à l'autorité (*taqlid*) de la doctrine juridique islamique. Cette dernière est infaillible. Or ses mécanismes de formation et d'évolution se sont fixés définitivement entre le 7^o et le 10^o siècle ; elle est devenue immuable, et le musulman est tenu d'observer les enseignements des docteurs des générations passées, et notamment les fondateurs des écoles. Toute interprétation nouvelle semble suspecte a priori, et sera souvent interdite.

Ceci explique que le droit musulman paraisse souvent archaïque dans ses institutions, casuistique dans son raisonnement, et manque d'une systématisation dans ses catégories. Il continue pourtant de régler les rapports de centaines de millions d'individus dans le monde grâce à de constantes adaptations.

LES SOURCES DU DROIT MUSULMAN

La loi islamique (la *charia*, ou voie à suivre) repose sur un texte fondamental, le Coran, sur la *sunna* (la tradition du Prophète), l'*idjma* développée par la doctrine, et enfin le principe de l'analogie.

Le Coran.

Le fondement de la civilisation musulmane est le livre sacré, le Coran, constitué par l'ensemble des révélations d'Allah au dernier de ses prophètes Mahomet. Il s'articule autour des principes suivants : l'Islam est une révélation en même temps qu'une loi morale et juridique ; il est impossible de séparer politique et religion, le profane du sacré, puisque tout émane de l'autorité divine (la conséquence étant que la direction de la communauté des hommes appartient au nom de l'Islam à une personne reconnue sur le plan religieux).

Le Coran est donc la source première du droit musulman, en particulier dans un certain nombre de versets appelés "versets légaux". Les juristes distinguent les versets régissant le statut personnel, ceux qui concernent le droit civil, ceux à caractère pénal, ceux qui réglementent la procédure judiciaire, les versets "constitutionnels", et les versets concernant le droit international.

La sunna.

Le Coran contient un message global qui nécessite sur bien des points d'être développé. C'est le rôle de la *sunna*, qui dicte la conduite à tenir, les actes recommandés, mais dont l'omission n'est pas sanctionnée par un châtement. Elle se fonde sur la manière de se comporter du Prophète dont l'exemple doit servir à guider les croyants. Elle est constituée par l'ensemble des *hadith*, c'est à dire des traditions relatives aux actes et propos de Mahomet rapportés par une chaîne ininterrompue d'intermédiaires, et codifiés au 9^o siècle de l'ère chrétienne par deux docteurs de l'Islam, El Bokhari et Moslem qui en retiennent à peu près 8000. Les *hadith* prennent la forme de récits rapportant les paroles, les actes et les relations avec autrui de Mahomet ; ils sont répertoriés et utilisés comme source du droit par les savants musulmans, les *Oulemas*.

La *sunna* représente donc l'évolution de la loi : une loi orale qui a permis de codifier les usages pratiqués et les traditions en cours au temps de Mahomet, afin d'en faire une science juridique rigoureuse.

L'idjma.

Cette troisième source du droit musulman a une grande importance pratique car c'est elle que les juristes et les magistrats musulmans consultent pour trouver la solution de leurs questions ou les motifs de leurs décisions. Elle est constituée par des règles de droit dégagées sur la base d'un accord entre les docteurs de la loi : les *Oulemas*. Ces docteurs, gardiens de l'orthodoxie puisque héritiers de Mahomet, combinent textes, tradition et pratique pour dégager une position commune. Leur entente donne à la solution juridique qu'ils admettent force de loi.

C'est dans ce domaine que se distinguent les "écoles" recensées plus haut : hanefite, malekite, chafecite, hanbalite pour le courant sunnite. Comme on l'a vu, il ne faut pas exagérer les divergences de position entre ces écoles : elles ne concernent que des points secondaires (la fourniture de la preuve dans la procédure judiciaire, par exemple) ; mais les principes de droit sont très voisins. Pour prendre sa décision, le juge musulman n'a donc qu'à se conformer aux règles de droit déjà interprétées et clarifiées par les docteurs de la loi des différentes écoles. Une autre attitude serait perçue par la communauté comme hérétique, c'est à dire contraire aux préceptes établis.

Le principe d'analogie.

L'*idjma* s'impose avec toute la force de la tradition intellectuelle et spirituelle ; mais elle n'apporte pas de réponse à toutes les situations qui peuvent se présenter. C'est pourquoi le juriste musulman doit parfois rechercher une solution à un cas d'espèce qui ne s'est pas présenté antérieurement. Il procède alors par analogie (*qiyas*). Le raisonnement par analogie ne doit être considéré que comme un mode d'interprétation ou d'application du droit. Le droit musulman étant fondé sur le principe d'autorité, il n'est pas possible à l'aide de ce procédé de créer des règles fondamentales comparables par leur nature à celles du corpus traditionnel. De même le *qiyas* ne peut en aucune manière transformer et encore moins amender les règles émanant des trois autres sources de l'Islam, en raison de leur autorité absolue. Le légiste musulman ne peut donc être comparé au *common lawyer* qui dégage des règles nouvelles par le raisonnement : la jurisprudence n'est pas une source du droit ; elle ne lie d'ailleurs pas le juge. Les décisions des magistrats (les *cadi*) sont toujours révisables en fonction des circonstances.

LE DROIT DES PAYS MUSULMANS

Il existe autant de droits différents que de pays musulmans : parce que les régimes politiques sont très variés ; parce que l'histoire a conduit certains d'entre eux à être colonisés et à subir l'influence juridique du colonisateur (*common law* au Pakistan ou en Malaisie ; droit romain en Iran et en Indonésie) ; parce que les traditions et les usages immémoriaux divergent. Mais dans tous les cas la constitution de ces pays intègre la *charia* comme source et référence - quelquefois unique - du droit.

Constitution et liberté de religion.

La question de la liberté de religion – liberté reconnue et garantie dans de nombreux textes internationaux – est particulièrement complexe dans les pays musulmans en raison de l'exclusivisme de la religion. Pour ne prendre que quelques exemples en Asie, parmi les régimes se réclamant de l'Islam, l'Indonésie présente une constitution "modérée", se bornant dans le préambule à faire allusion au Dieu unique et imposant au Président de prononcer son serment au nom du "Dieu tout puissant" (art. 9 - al.2) ; elle ajoute que l'Etat est fondé sur la croyance en un Dieu unique, mais garantit à chacun la liberté de culte quelle que soit sa religion (art. 29 - al. 2). Le texte pakistanais est plus déterminé dans sa proclamation des valeurs de l'Islam avec des références à "Allah tout puissant", au "Saint Coran" et à la "Sunna" dans les serments imposés aux principaux responsables politiques (art. 42). Chaque citoyen se voit reconnaître la liberté de parole et de presse, mais dans la limite des dispositions introduites dans l'intérêt de "la gloire de l'Islam" (art. 19). En revanche chacun a le droit de professer et de pratiquer sa religion, ainsi que d'entretenir des institutions religieuses (art. 20). Quant à l'Iran, république islamique par excellence, elle a adopté une constitution contenant d'innombrables renvois aux principes de la Charia, aux valeurs de l'Islam et à Dieu. Toutes les institutions sont placées sous le signe du respect de l'Islam, avec un guide suprême désigné par un collège de 86 religieux élus et un Conseil des gardiens désignés par le guide, composé de religieux et disposant du pouvoir de rejeter les lois votées par le parlement. Il est admis que l'on puisse pratiquer d'autres religions, à condition qu'elles figurent sur une liste limitative ; mais les députés non musulmans sont tenus au même serment que leurs collègues musulmans, évoquant la sainteté de l'Islam et la sauvegarde de la révolution islamique (art. 67) ; de même la formation d'associations et de partis relevant d'autres groupes religieux ne peut se faire que dans le respect des valeurs islamiques (art. 26).

L'Islam est donc une religion d'Etat, et cela tient autant à sa doctrine qu'à son organisation culturelle. En effet, la doctrine ne prévoit pas de hiérarchie assurant une médiation entre Dieu et les hommes ; nulle institution religieuse n'est organisée par le Coran ou la *sunna*. Aussi le pouvoir d'interpréter les textes religieux est-il donné à tous ceux qui sont reconnus dans leur groupe social pour leur savoir ou leur piété. C'est précisément parce que la révélation ne dit rien sur la formation d'une autorité religieuse que cette dernière est devenue très tôt un enjeu politique : dans les pays d'Islam, l'autorité politique a travaillé à construire une institution religieuse, et à la contrôler afin de ne pas avoir à faire face à des religieux indépendants qui pourraient contester son pouvoir. Dans la plupart des pays musulmans, la politique de l'autorité a été de séparer les fonctions religieuses et politiques, de déléguer les premières à des spécialistes (les *Oulemas*), et de contrôler ceux-ci en les incorporant à l'Etat, en les "fonctionnalisant".

L'organisation politique.

L'Islam part d'un postulat : le pouvoir exécutif est la propriété exclusive de Dieu. Donc ce pouvoir exercé par l'intermédiaire du Prophète Mahomet, a ensuite été transmis à ses successeurs, les *califes*. Les pouvoirs du *calife* étaient sans égal, puisqu'il était tout à la fois chef spirituel ("Commandeur des croyants"), et guide politique de la communauté. A l'époque contemporaine, il ne conserve que son rôle spirituel ; le pouvoir temporel revient à un souverain, ou un président et un parlement élus. Les concepts occidentaux de séparation des pouvoirs et de droits fondamentaux sont repris par la plupart des régimes en pays d'Islam. D'autre part les institutions judiciaires musulmanes traditionnelles se sont effacées au profit de juridictions de droit commun relevant du pouvoir politique. Ce sont ces juges "laïcs" qui appliquent en les combinant les préceptes de la loi religieuse ainsi que les principes de droit rationnels.

Les relations internationales.

En matière de relations internationales, l'Islam distingue la sphère de l'Islam (*dar al-Islam*) qui englobe la communauté des croyants vivant en paix, et le domaine des non - croyants (*dar al-harb*) qui est le domaine de la guerre. D'où le concept de *jihad* ou guerre sainte qui serait inévitable entre musulmans et non - musulmans : beaucoup de penseurs de l'Islam font pourtant remarquer que le *jihad* désigne d'abord une lutte de l'individu sur soi - même pour améliorer son attitude ou modifier ses penchants dans un sens conforme à la foi.

Malgré ce malentendu, le Prophète énonce un certain nombre de principes qui sont d'application dans les relations internationales : le respect des traités adoptés, y compris ceux conclus avec les non - musulmans, la recherche d'une solution pacifique avant tout engagement des hostilités, le recours possible et justifié à la force en cas d'agression, l'application de règles de conduite humanitaires en cas de conflit armé...

Les prescriptions de droit privé.

La vie communautaire musulmane se conforme à des usages ancestraux populaires, et aux réglementations nationales qui sont diverses. Mais les pays musulmans respectent tous de nombreuses injonctions coraniques : interdits alimentaires (en particulier la consommation de viandes illicites), port du voile pour les femmes, interdiction du prêt à intérêt et de l'usure, encouragement du commerce, développement du principe de l'entraide sociale par le biais du versement de l'aumône...

A l'exception de quelques contraventions mineures qui ne provoquent que des réprimandes morales, la loi pénale musulmane distingue trois catégories de crimes et délits, s'écartant ainsi de la classification classique des pays occidentaux : l'homicide ou blessure volontaire qui suppose la vengeance contre le coupable sous le contrôle du juge ; l'homicide ou blessure involontaire qui suppose une réparation d'ordre pécuniaire ; les délits qui entraînent les peines les plus sévères, comme la flagellation (en cas d'adultère), ou l'amputation d'un membre (en cas de vol).

3 L'ETAT DE DROIT

L'expression "Etat de droit" est de plus en plus souvent utilisée pour désigner un ordre juridique. Les deux notions traduisent la même idée : celle que le droit, c'est à dire l'ensemble des règles en vigueur dans une société donnée, constitue un ensemble cohérent, un système, et non une énumération de prescriptions sans lien les unes avec les autres. Mais il existe une différence entre les deux notions : celle d'ordre juridique est technique et détachée de toute connotation idéologique ; elle n'implique aucun jugement de valeur, aucune appréciation doctrinale sur le contenu des règles et du système juridique. Au contraire celle d'Etat de droit est intimement liée à l'idéologie libérale ; elle implique un jugement sur le contenu des normes juridiques et leur valeur au regard des principes du libéralisme (liberté individuelle, propriété ...). L'utilisation de cette expression par les institutions internationales et les pays développés occidentaux n'est donc pas innocente.

Cette mise au point étant faite, l'expression peut néanmoins être utilisée pour décrire les procédures qui permettent l'exercice des droits et libertés reconnus aux individus et aux communautés dans un pays donné. Quelles que soient les particularités nationales, ces procédures dépendent de conditions qui sont similaires partout ; pour que les droits et libertés soient respectés, il faut une relative stabilité des règles juridiques, le respect de ces règles par les autorités publiques, et un gouvernement et une administration au service de l'intérêt général.

LA STABILITE DES REGLES JURIDIQUES

L'expression "Etat de droit" apparaît chez les juristes allemands dans la seconde moitié du 19^{ème} siècle ; elle est utilisée pour exprimer l'exigence politique que l'Etat, qui est le pouvoir suprême, soit soumis au droit, et que l'arbitraire soit ainsi exclu.

Le néologisme « rechtsstaat » est utilisé pour la première fois par un juriste allemand, Johann Petersen (1758-1815), dans un ouvrage publié à Strasbourg en 1798. Il explique que l'ordre qui doit régner au sein de l'Etat et de l'administration ne protège pas les citoyens et les administrés de l'arbitraire. A l'origine de la société, le droit existe bien, mais il est entièrement maîtrisé et instrumentalisé par l'Etat et l'administration dont il exprime la toute - puissance. Il s'agit là de ce qu'il appelle l'Etat de police (« Polizeistaat »). Il s'agit de critiquer le paternalisme des rois absolus du 18^{ème} siècle.

Au stade de l'Etat de droit, l'Etat et l'administration sont toujours les producteurs de règles juridiques, mais ils acceptent de se les voir opposer et d'être contraints de les respecter. L'Etat de droit signifie donc que l'Etat accepte de se soumettre lui - même à la loi qu'il a posée. Conformément aux idéaux de Kant, il s'agit de passer d'un régime politique despotique à une monarchie constitutionnelle.

A partir du 19^{ème} siècle, la formule est reprise par les juristes libéraux en Allemagne, puis dans toute l'Europe. En France, c'est le doyen Duguit qui en 1907, dans son manuel de droit constitutionnel, reprend le premier la notion d'Etat de droit.

L'Etat de droit implique un minimum de stabilité juridique : stabilité du système juridique dans son ensemble, qui doit être suffisamment organisé et cohérent ; stabilité des règles qui le composent, afin que les assujettis aient un sentiment de sécurité juridique.

La cohérence de l'ordre juridique.

Les prescriptions juridiques qui dans un pays s'imposent aux individus et aux communautés ne sont pas de simples mesures juxtaposées sans lien ni hiérarchie. Elles s'intègrent dans un système commandé par des principes de fond et une cohérence technique. C'est cette architecture qui fonde l'unité des différents droits nationaux.

Cette unité est assurée par la présence de **principes généraux** ou fondamentaux. Ces derniers permettent une interprétation systématique et cohérente des règles. Ils permettent de donner un sens aux dispositions les moins claires, et de combler leurs lacunes. Ils facilitent ainsi la tâche des juges. La référence à ces principes permet d'échapper aux rigidités et parfois aux absurdités de l'interprétation littérale ; elle assure aux droits nationaux une indispensable souplesse et permet leur

adaptation et leur modernisation progressives. Les exemples sont nombreux, dans le système de droit romano - germanique comme dans le système anglo-saxon, de règles interprétatives qui ont permis l'inflexion de dispositions anciennes devenues obsolètes pour répondre à de nouvelles attentes de la société.

Cette unité est renforcée par la hiérarchie de valeur des normes au sein du droit positif. Toutes les normes n'ont pas la même valeur ; elles sont classées en fonction de leur nature et de l'autorité dont elles émanent :

Les normes constitutionnelles

Elles sont au sommet de la hiérarchie de notre droit. Elles comprennent l'ensemble du « bloc de constitutionnalité » composé des règles suivantes : le préambule et les articles de la Constitution du 4 octobre 1958 ; le préambule de la Constitution de 1946 ; la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ; la charte de l'environnement.

Dans l'ordre interne, les normes constitutionnelles prévalent sur toutes les autres, y compris les engagements internationaux (CE, 30 octobre 1998, *Sarran*).

Les normes internationales

Issues des engagements internationaux de la France et régulièrement introduites dans notre droit, elles s'imposent à toutes les normes de droit interne excepté celles qui ont valeur constitutionnelle. Cette primauté englobe le droit dérivé, créé par les organisations internationales instituées par les traités. Le droit dérivé des institutions communautaires (règlements, directives, décisions à caractère réglementaire) y tient une place toute particulière du fait de l'abondance et de la variété des normes qui en sont issues. Tout texte de loi ou de règlement de droit interne est ainsi susceptible d'être censuré ou écarté pour incompatibilité avec les règles de droit international opposables. Seule, le cas échéant, la non application d'un traité par l'autre ou les autres parties est susceptible de priver les stipulations de ce traité de leur force juridique.

Le Conseil d'Etat (20 octobre 1989, *Nicolo*) et la Cour de cassation (24 mai 1975, *Sté des cafés J. Vabre*), par application de l'article 55 de la Constitution, veillent à la prééminence du droit international, y compris le droit dérivé, sur les lois et règlements. Une loi, fût-elle postérieure à une règle de droit international opposable, ne peut méconnaître une telle règle et cette interdiction s'étend à tous les actes réglementaires.

Les lois

Elles s'imposent à l'ensemble des normes réglementaires. L'élaboration d'un décret doit ainsi toujours comporter un examen des champs de compétence respectifs de la loi et du règlement et, si l'on est dans le champ de compétence de la loi, un examen des normes législatives à respecter. Un règlement qui empiète sur le domaine de la loi est nécessairement illégal. De même, le juge administratif se refusant à apprécier la constitutionnalité des lois, un règlement contraire à une loi, alors même que celle-ci serait intervenue dans un domaine réglementaire, est systématiquement déclaré illégal.

Les ordonnances

Dès lors que les ordonnances prises sur le fondement de l'article 38 de la constitution interviennent, par principe, dans le domaine de la loi, leurs dispositions s'imposent aux détenteurs du pouvoir réglementaire avant comme après leur ratification par le Parlement. La ratification n'a d'incidence que sur la nature du contrôle de légalité susceptible d'être exercé sur une ordonnance. Avant ratification, l'ordonnance, regardée comme un acte administratif, est soumise par le Conseil d'État au respect des normes constitutionnelles et internationales et des principes généraux du droit. Après ratification, l'ordonnance acquiert valeur législative et elle ne peut plus être contestée, comme une loi, que par la voie de l'exception d'inconventionnalité, c'est-à-dire de contrariété à une norme internationale.

Les normes réglementaires

Il existe une hiérarchie au sein des normes réglementaires. Ainsi, les décrets s'imposent aux autres actes réglementaires émanant des autorités de l'État comme des autorités décentralisées.

Les actes individuels doivent, de façon générale, respecter les actes réglementaires en vigueur dans le domaine où ils interviennent, même si l'acte réglementaire émane d'une autorité subordonnée, dès lors que celle-ci est intervenue dans son champ de compétence.

En hiérarchisant les normes juridiques, en forçant la norme inférieure à ne pas contredire la norme supérieure, on assure la sécurité juridique des individus et des groupes et le respect de la répartition des compétences des autorités publiques.

Cette question de la cohérence des règles de droit et de l'unité du système juridique est essentielle à l'ère de la mondialisation où trop d'experts de différents pays et d'organisations internationales prétendent apporter des réponses toutes faites aux nations en difficulté ; leurs projets peuvent être intéressants en eux-mêmes, mais relevant de philosophies contradictoires et généralement peu adaptés aux réalités nationales, ils ne constituent pas des remèdes et contribuent au contraire à désorganiser davantage le système juridique national. Le transfert de technologie juridique est une entreprise qui exige du temps, de la souplesse et de l'expérience.

Sécurité juridique et relativité du droit.

L'Etat de droit s'oppose au subjectivisme de l'arbitraire et du pouvoir oppressif. Il est la marque de la sécurité juridique dans les rapports des individus entre eux et avec les autorités. Vivre dans un Etat de droit, c'est dépendre objectivement de la loi et non du caprice des puissants. Il y a Etat de droit dès lors que les rapports, les relations économiques et sociales sont régis par des règles préétablies, identifiables et dont le respect est assuré par des autorités publiques. L'Etat de droit substitue la force de la norme impersonnelle et générale au pouvoir personnalisé d'un ou de plusieurs individus. Il suppose donc l'existence de normes, leur publicité et leur respect.

En tant que telle, la sécurité juridique que procure l'Etat de droit ne comporte aucune garantie relative à la stabilité d'un certain contenu, mais seulement celle que les normes ne seront appliquées et modifiées que de la manière explicitement prévue. Cette conception "technique" de l'Etat de droit se double dans le discours occidental de présupposés idéologiques : pour les dirigeants occidentaux et les organisations internationales, le contenu "libéral" des normes adoptées importe autant sinon davantage que la stabilité de ces normes. Et l'étiquette libérale recouvre non seulement les aspects politiques tels les droits de l'Homme, mais aussi les principes du libéralisme économique, c'est à dire du capitalisme. Ainsi défini, l'Etat de droit est devenu dans le discours politique une référence rituelle. Il serait pour ses promoteurs occidentaux l'axe de l'universalisation du droit, c'est à dire qu'il devrait être reconnu comme supérieur aux systèmes juridiques nationaux et aux pouvoirs étatiques. Les excès d'une telle prétention sont évidents : excès sur le plan politique puisque toutes les nations n'ont pas choisi les recettes politiques et économiques du libéralisme ; excès également sur le plan de la technique juridique car sous couvert de stabilité juridique, on en arriverait à figer le droit existant ; sous couvert de sécurité, on pourrait légitimer définitivement un type de droit et de pouvoir politique. Or le droit doit malgré tout être relativisé ; de même que la société évolue sans cesse, de même le droit doit être un produit évolutif et ouvert aux rapports économiques et sociaux. La notion d'Etat de droit présente l'avantage de canaliser les évolutions et de contenir les dérives éventuelles ; elle ne doit pas servir à figer définitivement des règles supposées idéales, obligeant ainsi les forces de mouvement à les remettre en cause par la force.

LE RESPECT DES REGLES JURIDIQUES

La soumission de l'Etat au droit.

Comme toute institution, l'Etat doit s'organiser, répartir les fonctions, s'imposer à lui-même le processus de décision. Cela ne se traduit cependant pas nécessairement par l'élaboration de règles invocables par des tiers. L'ordre qui doit régner au sein de l'Etat et de l'administration ne protège pas les citoyens et les administrés de l'arbitraire. A l'origine de la société, le droit existe bien, mais il est entièrement maîtrisé et instrumentalisé par l'Etat et l'administration dont il exprime la toute - puissance. Il s'agit là de ce que les auteurs allemands du 19^{ème} siècle appelaient l'Etat de police.

Au stade de l'Etat de droit, l'Etat et l'administration sont toujours les producteurs de règles juridiques, mais ils acceptent de se les voir opposer et d'être contraints de les respecter. L'Etat de droit signifie donc que l'Etat accepte de se soumettre lui - même à la loi qu'il a posée. Le passage de l'Etat de police à l'Etat de droit s'est effectué différemment selon les pays, et les raisons qui l'expliquent sont diverses : intérêt de l'Etat à montrer l'exemple aux groupes privés, pressions sociales hostiles à l'arbitraire, emprunt d'institutions juridiques ou judiciaires à des modèles étrangers.

Mais une fois posé le principe de la soumission de l'administration au droit, reste à déterminer le droit applicable : ce dernier peut être conçu diversement. Il peut n'avoir aucune originalité, être identique à celui qui s'impose aux individus ; c'est le droit commun, la *common law* en vigueur en Grande-Bretagne où l'Etat et l'administration sont soumis au même droit et aux mêmes tribunaux que les particuliers. A l'inverse il peut être totalement spécifique, constitué de règles propres, inconnues du droit privé ; ces règles sont contrôlées et sanctionnées par des juridictions spéciales chargées de juger les litiges entre administrations ou entre l'administration et les particuliers. Troisième possibilité : le droit de l'administration peut combiner un droit spécifique et le droit commun, selon les spécificités de l'action publique. C'est au juge de déterminer la frontière entre les activités relevant du droit particulier de l'administration, et celles pouvant être examinées au regard du droit commun.

Cette dernière hypothèse est celle qui est la plus couramment rencontrée dans le monde. Le droit administratif n'est pas - comme on le pense souvent - le droit de l'administration. Le droit administratif ne régit que les activités administratives. Il concerne logiquement l'administration lorsqu'elle agit dans un but d'intérêt général ; il concerne aussi une personne privée ne faisant pas partie de l'administration mais qui est habilitée par l'administration à remplir une activité d'intérêt général. En revanche est soustraite à ce droit l'administration qui gère ses activités comme le ferait un particulier : par exemple la commune dans la gestion de son patrimoine forestier. Dans ce cas, c'est le droit privé qui s'applique. Le droit administratif est applicable aux seules activités administratives, c'est à dire les activités dictées par l'intérêt général.

Le principe de légalité.

Le principe de légalité est la traduction de l'Etat de droit pour les autorités administratives. Il pose que ces autorités doivent agir conformément au droit. Cette obligation implique en premier lieu qu'aucune mesure de portée générale ne peut méconnaître une disposition émanant d'une autorité hiérarchiquement supérieure. De plus, l'obligation d'agir en conformité avec le droit a pour conséquence qu'aucun acte de portée individuelle ne peut déroger aux normes générales qui encadrent la compétence des diverses autorités publiques et en organisent l'exercice, même si ces normes ont été posées par l'auteur de la décision lui-même. Le principe de légalité marque donc que, dans tous ses actes, l'administration est soumise au droit.

Le droit qu'elle doit respecter constitue la légalité. La légalité englobe non seulement les règles formelles de droit positif, constitutionnelles, légales, et réglementaires, mais aussi les principes généraux de l'ordre juridique national quel que soit leur mode de formation. Pour certains la poursuite de l'intérêt général constitue un élément de la légalité : il faut donc que toute décision de l'autorité publique soit conforme à l'intérêt général.

Le principe de légalité soulève traditionnellement deux questions : celle de sa sanction, et celle de ses limites.

La sanction nous ramène à un problème récurrent du droit public : celui du contrôle des décisions des autorités publiques. Ce contrôle peut être confié aux juridictions ordinaires, comme c'est le cas dans les pays de *common law*. A l'inverse, il peut être exercé par des organes administratifs spécialisés : dans ce cas la justice administrative ne dispose d'aucune autonomie par rapport à l'administration ; elle dépend même des autorités administratives. L'avantage de ce système est que l'organe de contrôle a une bonne connaissance de la spécificité de l'action administrative ; l'inconvénient est que ce privilège de l'administration, à la fois juge et partie, suscite inmanquablement des critiques des administrés. Ces derniers ont le sentiment que les décisions rendues sont complaisantes à l'égard de l'administration, et qu'il faut choisir entre administrer et juger. D'où une troisième voie, qui consiste à instaurer des juridictions administratives chargées de juger les activités administratives, c'est à dire celles qui relèvent de l'intérêt général.

Les limites au principe de légalité sont apportées par deux notions : le pouvoir discrétionnaire de l'administration ; l'acte de gouvernement. Ces notions correspondent à des situations particulières dans lesquelles l'Etat et l'administration ne sont pas - ou de façon très limitée - soumis au principe de légalité. Le pouvoir discrétionnaire peut s'interpréter comme laissant une liberté de choix à l'administration. On oppose la compétence liée de l'administration dans laquelle, dans une situation donnée, la légalité impose la décision à prendre, et la compétence discrétionnaire qui laisse à l'autorité publique un pouvoir d'appréciation. Mais cette dernière ne concerne pas l'objet de la décision qui est toujours dictée par la légalité (dont l'intérêt général fait partie), mais seulement la voie de droit permettant d'atteindre le résultat. Quant à l'acte de gouvernement, il a connu une évolution qui dans certains pays l'a fait disparaître. L'idée de base est qu'il existe pour les autorités d'un pays des actes qui ne sont pas de simples mesures administratives ou exécutives mais qui relèvent de préoccupations d'intérêt national et à ce titre échappent à toute contrainte juridique. L'acte de gouvernement apparaît alors comme une décision totalement libre de l'autorité politique supérieure. Dans les pays où elle existe cette catégorie d'actes a été réduite par les juges et son contenu étroitement contrôlé, jusqu'à la faire disparaître dans certains cas.

LA RECHERCHE DE L'INTERET GENERAL

Dans toutes les traditions la recherche de l'intérêt général constitue la mission fondamentale d'un gouvernement et le critère de sa légitimité. Les activités menées dans ce but constituent des services publics.

L'intérêt général : finalité de l'Etat.

Historiquement, la notion de bien public ou d'intérêt général se manifeste dans les traditions asiatiques avant même l'apparition de l'Etat et de l'administration. En Chine chez Confucius, en Inde dans les "lois de Manou", est exprimée l'idée que la finalité du pouvoir ne peut être que la

recherche du bien commun. Le pouvoir politique en tire sa légitimité, c'est à dire sa capacité à susciter l'obéissance et l'adhésion de la population. La nature du régime politique - autocratique, monarchique ou démocratique - importe d'ailleurs peu : même un régime monarchique peut prendre en compte l'intérêt général, c'est à dire celui de la majorité de la population. Dans l'histoire politique européenne, il faut citer Cicéron (106-43 avant l'ère chrétienne) qui est le premier à définir précisément la notion d'utilité commune (*utilitas communis*, c'est-à-dire l'intérêt public ou général) vers laquelle tout Etat doit tendre parce qu'il lui doit sa naissance.

Ces antécédents historiques et l'imprégnation mentale qu'ils induisent ne peuvent que faciliter une perception moderne des exigences de l'idée d'intérêt général en tant que base de l'action publique. Le respect de l'intérêt général consiste à refuser de répandre des faveurs et des privilèges sur les membres de son clan, de sa famille ou les habitants de sa région. Il implique au contraire la neutralité et l'égalité en tous domaines et en particulier dans les aides apportées à la population, sur le plan social ou de l'action économique. C'est une obligation morale autant que politique.

Il est impossible de préciser concrètement le contenu de la notion d'intérêt général ; ce contenu évolue en effet dans le temps. C'est le pouvoir politique qui est chargé de définir ce qu'exige l'intérêt général. Or ce concept légitime l'action publique et justifie les prérogatives accordées aux personnes publiques : ces prérogatives sont en effet les moyens nécessaires pour leur permettre de garantir la suprématie de l'intérêt général sur les intérêts privés. On voit bien le danger qui découle de cette situation. Pour certains auteurs, l'intérêt général ne serait qu'un instrument destiné à légitimer l'autorité et l'appareil d'Etat. L'intérêt général ne serait qu'une idéologie dont se parerait l'Etat dans les pays libéraux pour emporter l'adhésion des administrés et limiter l'utilisation de la contrainte. L'intérêt général pourrait même devenir l'alibi d'un certain arbitraire et d'une confiscation de la décision par la classe au pouvoir sans que des contrepoids existent.

Le service public : instrument de l'Etat.

Le service public est une activité d'intérêt général prise en charge par l'Etat, c'est à dire assurée par des agents de l'administration et déployée en faveur des utilisateurs qui sont les citoyens. Le **statut** et l'action des services publics sont soumis à un régime de droit spécifique, dérogoratoire du droit commun, justifié par le caractère d'intérêt général de leur mission. Ce régime comporte des prérogatives et des contraintes : des prérogatives, c'est-à-dire des compétences qui impliquent pour leur titulaire une certaine supériorité ou une certaine immunité ; des contraintes qui sont imposées par la puissance publique qui veut s'assurer que l'activité de service public sera menée conformément à des principes qu'elle a fixés (égalité, continuité). Ces éléments - notamment les prérogatives - sont estimés nécessaires pour que les services publics puissent servir aux citoyens des prestations individualisées. Le domaine

des services publics concerne les **activités régaliennes** (défense, justice, police), les prestations sociales (santé, éducation, retraites...), mais aussi les activités économiques estimées essentielles à la population et au développement du pays. Les services publics économiques sont plus ou moins développés selon le régime politique et économique choisi par un pays : faibles, voire inexistants dans une économie capitaliste où l'initiative privée est considérée comme prépondérante, ils sont nombreux et forment le moteur de l'économie dans un pays socialiste. Ils prennent souvent la forme d'entreprises publiques soumises à des statuts divers (société nationale, établissement public...).

Encore faut-il que ces services soient effectivement au service du public : c'est à dire mettent effectivement en pratique les principes d'égalité et de **neutralité**. La multiplication des services publics est un moyen de progression sociale et de développement économique ; mais il faut prendre des précautions afin que les structures ne soient pas appropriées par leurs dirigeants et qu'elles ne deviennent des instruments entre les mains de factions sociales ou politiques. On en reviendrait alors à un régime de puissance publique où l'individu n'est qu'un sujet soumis à l'autorité ; alors que dans un régime de service public, c'est le citoyen qui fait valoir ses droits et l'administration doit l'aider à les exercer.

Etat de droit et *Rule of law*

Il est étonnant que la Grande-Bretagne n'ait pas repris la formule d'Etat de droit puisque la situation y est comparable à celle des autres pays européens en raison d'un même héritage culturel (Grèce, Rome, philosophie des Lumières...).

L'expression de *Rule of law*, c'est-à-dire « règne du droit », soulève trois questions :

La première concerne l'absence de toute référence à l'Etat dans l'expression. Pourtant, au 18^{ème} siècle, les termes de *Commonwealth* (République) et de *State* étaient utilisés par la doctrine britannique.

La deuxième question porte sur la signification du terme *law* : *law* a une signification plus large que « loi » ; elle désigne le droit (les lois

parlementaires portent le nom de *acts* ou de *statutes*). Mais la *law* se subdivise en *common law* (le droit dit par le juge) et *statute law* (le droit édicté par le parlement de Westminster) : de quelle *law* est-il question dans *Rule of law* ?

Enfin, la troisième question est liée à la précédente : qui est le gardien du droit, le parlement ou les juges ?

Les réponses se trouvent dans l'histoire du concept de *Rule of law*, en particulier sa définition dans l'œuvre d'Albert Venn Dicey, professeur à Oxford (1835-1922), qui marquera des générations de juristes.

Du point de vue historique, la *Rule of law* est un vieux principe du droit anglais, présent dans la fameuse Magna Carta de 1215 dans laquelle le roi affirme sa soumission au droit (et donc reconnaît l'interdiction des arrestations arbitraires, le droit des individus à obtenir justice et le droit de résistance au cas où le roi viole la loi). Encore faut-il s'entendre sur le terme de « droit » : C'est l'objet d'un conflit au 16^{ème} siècle entre les prétentions du roi à légiférer et les juges attachés à la *common law*. La *common law* n'est pas le produit de la volonté d'un pouvoir politique ; les normes juridiques sont découvertes et déclarées par le juge à l'occasion d'un litige ; elles se trouvent dans les usages et les traditions les plus anciennes ; elles préexistent au roi, au parlement et au juge. Selon la définition classique de Blackstone (*Commentaries*, t. 1, p. 72), la *common law* est « la coutume générale et immémoriale d'Angleterre, déclarée de temps en temps par les cours de justice ». Cette loi non écrite, populaire, s'oppose à la loi écrite, édictée par le parlement. Elle est l'expression directe de la vie sociale que le juge se contente de constater.

Les tribunaux de la *common law* vont progressivement restreindre le pouvoir discrétionnaire du roi, en le soumettant à la *common law* et à la *statute law*. Puis ils vont affirmer, à l'encontre des prétentions du parlement à la souveraineté (encouragées par John Locke), la supériorité de la *common law* : « La *common law* est une loi fondamentale qui limite indifféremment la couronne et le parlement » (Sir Edward Coke).

Dans son *Introduction to the study of the law of the constitution* (1885), Dicey explique que c'est le concept de *rule of law* qui distingue la constitution britannique de ses homologues continentales. Alors que les autres Européens sont soumis à l'arbitraire, les Britanniques bénéficient de la protection du droit. Pour lui, la *rule of law* est le produit de trois éléments : la légalité, c'est-à-dire la soumission de l'Etat au droit qui empêche l'exercice d'un pouvoir arbitraire ; l'égalité de tous devant la loi, qu'il s'agisse des dirigeants politiques, des fonctionnaires ou des simples citoyens (et donc il ne peut y avoir ni droit administratif ni juge administratif en Angleterre) ; la liberté qui est protégée par le juge et

résulte des décisions judiciaires (alors que dans le reste de l'Europe, les droits des individus sont protégés par une constitution). La *rule of law* est donc identifiée à la figure du juge.

Du point de vue idéologique, Dicey se situe clairement dans le courant libéral qui veille à protéger la propriété et la liberté individuelle.

Cette conception de la *rule of law* reste dominante dans la doctrine britannique ; une illustration en est fournie par le discours prononcé par le doyen des lords, après l'adoption du *Constitutional Reform Act* en 2005 (réforme qui fait référence au « principe constitutionnel de la *rule of law* »). Lord Bingham fonde la *rule of law* sur le respect des principes suivants : la loi doit être aisément accessible et intelligible ; elle doit être stable ; la justice doit être indépendante et son accès doit être facile ; les principes de la *natural justice* doivent être respectés : droit à un procès équitable, à un juge impartial, à un débat contradictoire...

Tout en restant fidèle à l'idéal de Dicey, ce discours laisse cependant percevoir l'évolution de la notion de *rule of law* : cette dernière n'exprime plus seulement la supériorité d'un ordre juridique, quel qu'il soit ; elle n'est plus seulement un concept formel. Elle inclut désormais des éléments matériels, c'est-à-dire que le pouvoir politique est soumis à la loi, mais une loi qui respecte certains critères et contient des dispositions conformes aux droits de l'Homme et à la démocratie. Cette évolution est le résultat d'influences étrangères, notamment européennes.

L'adhésion du Royaume uni à la Convention européenne des droits de l'Homme (incorporée en droit anglais par le *Human Rights Act* de 1998), puis à la Communauté européenne en 1972, va modifier la conception traditionnelle de la *rule of law* en changeant les rapports entre le parlement et les juges sur la question des droits de l'Homme : désormais les juges sont habilités à contrôler la conformité des lois avec des normes supérieures, d'origine européenne.

MOTS CLES :

Principes généraux : règles admises par la jurisprudence comme s'imposant à l'administration, même sans texte.

Statut : ensemble de règles applicables à une personne (le statut du fonctionnaire, du Président de la République...) ou une institution (le statut des collectivités locales) qui déterminent le régime juridique de cette personne ou de cette institution.

Activités régaliennes : activités relevant d'un droit qui manifeste la survivance d'anciennes prérogatives du roi (en latin : *rex, regis* ; d'où "régalien").

Neutralité : attitude d'impartialité à l'égard des citoyens.

4 LA SUPREMATIE DE LA CONSTITUTION

La constitution rassemble toutes les règles relatives à la forme de l'Etat, aux compétences des organes politiques et aux rapports entre eux, à l'exercice du pouvoir (ce qui ne signifie pas que la constitution est

forcément écrite). Cette définition est dite "matérielle" puisqu'elle prend en compte le contenu de la constitution.

La définition "formelle" présente la constitution comme l'ensemble des règles qui ont reçu une forme particulière et qui ne peuvent être modifiées que par un organe spécifique et selon une procédure spécifique. En effet, la constitution étant la norme suprême dans l'ordre juridique étatique, elle ne saurait être élaborée et modifiée comme une loi ordinaire.

Les deux sens doivent être combinés pour avoir une perception complète de la constitution.

LES CONCEPTIONS DE LA CONSTITUTION

Rares sont les sociétés où le droit ait été totalement ignoré et où le pouvoir politique se soit exercé et transmis dans l'arbitraire. Partout et à toutes les époques, des lois fondamentales, plus ou moins précises, régulent le pouvoir. A l'époque contemporaine, ces lois fondamentales sont conçues de différente manière en fonction de l'histoire et de la culture du pays considéré, ainsi que de sa situation socio-économique.

La constitution coutumière.

Les lois fondamentales d'un Etat sont dites **coutumières** lorsqu'elles reposent sur la répétition sans discontinuité et pendant une certaine durée, de précédents recueillant un large consensus au sein de la population à laquelle ils s'appliquent. Il est évident que les coutumes sont très imprécises car on ne sait jamais exactement quand elles entrent en application et quand elles tombent en désuétude. Il est également évident qu'on ne peut donner de la constitution coutumière qu'une définition matérielle.

La plupart des pays ont connu par le passé des lois fondamentales coutumières. Mais les constitutions coutumières sont aujourd'hui très rares ; on peut citer la Grande-Bretagne où le seul élément écrit de la constitution est le "Bill of Rights" de 1688, la Nouvelle - Zélande et Israël. Il faut noter que les pays asiatiques et africains anciennement colonisés par la Grande - Bretagne et membres du Commonwealth, comme l'Inde ou le Zimbabwe, ont tous adopté une constitution écrite.

La constitution écrite.

Presque tous les Etats ont aujourd'hui une constitution de ce type. C'est en particulier le cas des pays relevant de la famille "romano - germanique" où le droit est traditionnellement écrit. La constitution est placée au sommet de l'ordre juridique, au dessus des lois ordinaires et des règlements, et même dans la plupart des pays au dessus des traités internationaux. Cette autorité particulière se manifeste par des procédures particulières d'établissement et de révision, mais aussi par l'institution d'un contrôle de constitutionnalité des lois.

Dans tous les cas, la constitution écrite vise à organiser les relations entre les autorités politiques et à organiser les rapports entre le pouvoir et les citoyens. Son origine historique se situant dans les pays libéraux capitalistes, elle a pour but de limiter le pouvoir de l'Etat et de garantir les libertés individuelles, surtout les **libertés civiles et politiques**. L'adoption de la constitution écrite dans les pays socialistes lui donnera un sens différent.

Les constitutions écrites peuvent être influencées par certaines coutumes constitutionnelles, ainsi que par des pratiques politiques et/ou sociales : autant de règles non écrites qui relativisent la distinction entre constitutions coutumières et écrites.

La constitution écrite dans les régimes socialistes.

Le principe de la légalité socialiste se différencie du principe de suprématie du droit (*rule of law*) énoncé dans les pays capitalistes. La différence essentielle tient aux fonctions assignées au droit. Ce dernier n'a pas pour fonction d'exprimer une conception traditionnelle de la justice, mais doit servir à organiser les forces économiques et à transformer les comportements des citoyens. La constitution devient alors un instrument de transformation de la société ; elle définit le programme et les modalités du changement économique et social. Dès lors une nouvelle constitution est adoptée chaque fois que la société aborde une phase nouvelle de son évolution. Ainsi, les constitutions chinoises de 1954, 1975 et 1978 marquent les étapes successives de la construction du socialisme ; celle de 1982 définit le sens des réformes entreprises par Deng Xiao Ping pour moderniser l'appareil de production et les secteurs scientifiques et technologiques.

L'ETABLISSEMENT DE LA CONSTITUTION

Il s'agit ici de décrire la naissance de la constitution dans un pays. Cette naissance est l'œuvre du "**pouvoir constituant**". Les juristes distinguent entre un "pouvoir constituant originaire" et un "pouvoir constituant dérivé". La première expression désigne celui qui établit une constitution là où il n'y en avait pas auparavant ou en rupture par rapport à une constitution précédente. La seconde notion désigne la capacité de modifier une constitution déjà instituée.

Le pouvoir constituant étudié ici est donc "originaire" parce qu'il est à l'origine d'une constitution ; de ce fait, il est "absolu" parce qu'il ne connaît aucune limite ni quant aux formes de son exercice ni quant au fond.

Les conditions de l'établissement de la constitution.

Le pouvoir d'établir une nouvelle constitution est originaire et absolu car l'ordre juridique antérieur a disparu ou est devenu caduc ; on se trouve

devant un vide juridique. Cette situation peut résulter de diverses circonstances.

Elle peut se produire après une révolution, celle-ci détruisant l'ordre constitutionnel existant et lui substituant un gouvernement de fait. C'est ce qui s'est produit en Amérique du Nord en 1776, en France en 1789, en Russie en 1917, ou en Chine en 1949. Un coup d'Etat peut entraîner les mêmes conséquences : sur les seize constitutions que la Thaïlande a expérimentées depuis 1932, six ont été abrogées par un coup de force militaire entre 1947 et 2006. Pour se donner une apparence de légitimité, les auteurs du coup d'Etat édictaient une nouvelle constitution ; mais lors de la crise suivante, un coup d'Etat la supprimait par la force. Cette répétition signifie que la constitution n'est pas adaptée, ou échoue dans sa vocation essentielle qui est de fournir un cadre juridique permettant de résoudre les problèmes sociaux et politiques d'une manière pacifique et régulière.

Le vide juridique peut aussi résulter d'une guerre : ainsi en Allemagne après la deuxième guerre mondiale, une nouvelle constitution a été adoptée le 23 mai 1949 pour marquer la rupture avec le régime antérieur du troisième Reich ; le Japon a suivi la même démarche de rupture en adoptant la constitution de 1947. En revanche l'Autriche a préféré en 1945 redonner vie à la constitution du 1 octobre 1920 dont l'application avait été interrompue en 1938 lors du rattachement à l'Allemagne, pour marquer la continuité de l'Etat malgré cette interruption.

Enfin cette situation peut se produire lors de l'apparition d'un nouvel Etat. Dans cette hypothèse, la liberté du pouvoir constituant est totale puisqu'il est originaire. C'est le cas des territoires sous domination coloniale qui ont accédé à l'indépendance dans la deuxième moitié du 20^{ème} siècle. En Asie et en Afrique, cette situation fut celle de la plupart des Etats colonisés par la Grande - Bretagne, la France, les Pays - Bas ou les Etats - Unis.

Les modalités d'établissement de la constitution.

C'est le **gouvernement de fait** assumant provisoirement le pouvoir qui détermine les modalités d'établissement de la nouvelle constitution. Ces modalités d'exercice du pouvoir constituant originaire peuvent être plus ou moins démocratiques.

Certains modes d'établissement excluent toute intervention du peuple, sous quelque forme que ce soit. C'est le cas des constitutions élaborées par un petit groupe non élu désigné par l'autorité de fait. Le peuple n'a alors aucun contrôle sur l'élaboration du texte qui reste d'ailleurs largement secrète.

Les modes d'établissement démocratiques sont ceux qui confient à une assemblée élue par le peuple la fonction de rédiger une constitution. Cette assemblée, dénommée assemblée constituante, représente alors la volonté exprimée par le peuple. Le texte qu'elle aura adopté sera ensuite soumis au peuple pour ratification. Le peuple intervient donc une première fois pour désigner ses représentants, et une seconde fois, à la fin du processus, pour adopter ou rejeter le projet établi par l'assemblée.

Les assemblées constituantes ont une double vocation : élaborer une constitution ; mais aussi assurer le travail législatif habituel des assemblées (d'autant plus important qu'elles siègent pendant une période généralement troublée). C'est la raison pour laquelle l'adoption de la constitution peut être retardée, sauf quand sa compétence est limitée dans le temps par une **loi référendaire** (car seul le peuple a qualité pour le faire).

Les influences extérieures dans l'établissement de la constitution.

Pour être efficace et respectée, une constitution doit être adaptée au contexte politique, économique et culturel du pays. La transposition pure et simple d'un modèle constitutionnel étranger aboutit le plus souvent à un échec, c'est à dire au rejet de la greffe. Néanmoins, les constituants ne sont jamais coupés de l'environnement national et international, et isolés des influences extérieures. C'est notamment le cas des constituants des pays anciennement colonisés qui ont pour la plupart été formés par le colonisateur : les rédacteurs des premières constitutions qui ont suivi l'indépendance en Inde et Malaisie étaient issus des écoles et universités britanniques ; ceux qui ont imaginé la première constitution au Cambodge avaient reçu une formation française ; tous les membres des deux commissions chargées de composer la constitution du 18 août 1945 en Indonésie étaient passés par les universités européennes ou avaient reçu dans leur pays l'enseignement des instituts hollandais. Les exemples du même genre abondent en Afrique : les élites y ont été formées soit par le colonisateur français pour les pays du nord et de l'ouest du continent, soit par l'anglais pour la plupart de ceux de l'est et du sud. Même si le processus qui a mené à l'indépendance a été violent et s'est traduit par une guerre avec l'ex-colonisateur, l'influence intellectuelle de ce dernier reste prégnante, surtout pour la première génération. C'est pourquoi le danger est grand de voir les constituants recopier ou reproduire des institutions étrangères présentées comme des modèles universellement valables : ce que l'on appelle le « mimétisme constitutionnel ». Lorsqu'ils l'ont fait, leurs textes n'ont pas eu de longévité.

Il ne faut évidemment pas refuser d'intégrer dans un système juridique national des éléments empruntés à d'autres systèmes pour édifier un ensemble original, adapté aux spécificités culturelles et aux nécessités du moment. Pour compléter son droit traditionnel, le Cambodge est en train d'emprunter à d'autres systèmes différentes institutions qui semblent répondre à ses besoins ; tout comme l'Indonésie combine le droit romain, le droit musulman et un ancien droit coutumier ; ou encore les Philippines qui ont introduit pendant l'occupation des Etats - Unis des éléments de *common law* dans leur système traditionnel inspiré du droit espagnol. Ces exemples prouvent que les rapprochements, conciliations ou emprunts entre systèmes juridiques sont source d'enrichissement.

Mais il faut procéder prudemment et avec discernement. Il n'est pas concevable d'emprunter indifféremment des institutions à différents systèmes politiques et juridiques pour les amalgamer : ce serait créer un

kaléidoscope incohérent. Par contre, il est possible pour un Etat qui aurait clairement opté pour un système politique et structuré son droit national d'adopter telle technique d'un autre système juridique qu'il juge adaptée à ses besoins.

LA REVISION DE LA CONSTITUTION

Si l'on veut assurer la suprématie de la constitution sur les autres règles juridiques, il faut pouvoir la distinguer clairement des autres règles juridiques et tout particulièrement des lois. Seul un critère formel permet de le faire : les constitutions sont élaborées et révisées selon des "formes", c'est à dire des procédures particulières. C'est la spécificité des procédures par lesquelles on révisé, c'est à dire on modifie, la constitution qui permet de la distinguer de la loi.

Le pouvoir constituant dérivé et relatif.

La plupart des constitutions prévoient en effet leur propre révision. Cette dernière permet leur adaptation à l'évolution de la situation politique et sociale, et accroît ainsi leur chance de durée. A cet égard, deux types de révision peuvent apparaître nécessaires : celles destinées à corriger des lacunes ou des imperfections techniques révélées par le fonctionnement des institutions, et qui sont essentiellement techniques ; celles qui marquent un changement important dans la forme ou l'orientation du régime, et qui sont d'ordre politique.

La révision de la constitution fait intervenir le pouvoir constituant dérivé et relatif : dérivé parce qu'il trouve sa source dans une constitution déjà existante et qu'il doit s'exercer conformément aux procédures prévues et organisées par cette constitution ; relatif parce qu'il est limité par la constitution existante qui prévoit par exemple des circonstances dans lesquelles la constitution ne peut pas être révisée.

Lorsque la constitution peut être révisée par les organes et selon les procédures servant à l'adoption des lois ordinaires, et lorsqu'elle ne contient que peu - ou pas - de limitations, les juristes la qualifient de "souple". Sa suprématie n'est en effet plus assurée car sa différence s'estompe avec la loi ordinaire. Les constitutions coutumières sont presque toujours souples, à l'instar de la constitution coutumière britannique.

La constitution est dite "rigide" lorsqu'elle ne peut être révisée que par un organe distinct et selon des procédures différentes de celles servant à l'adoption des lois. Ces différences nettes sur les plans organique et procédural marquent clairement la suprématie de la constitution. La notion de "rigidité" doit être entendue de façon relative : la rigidité est faible lorsque les différences sont peu nombreuses ou peu marquées ; elle est forte lorsque les différences sont spécifiques et complexes.

Les procédures de révision.

Elles varient selon les constitutions. Mais elles suivent généralement deux ou trois phases : l'initiative du projet ou de la proposition de révision appartient en général aux parlementaires et aux organes exécutifs, plus rarement au peuple ; la discussion et la décision relèvent des assemblées parlementaires siégeant en commun, selon une procédure solennelle ; enfin certaines constitutions prévoient une troisième phase qui est celle de la ratification par le peuple ou par les Etats membres dans les Etats fédéraux.

Dans la plupart des cas, la constitution ne peut être révisée qu'en vertu d'une procédure spéciale, particulièrement solennelle qui se différencie nettement de la procédure législative ordinaire.

En quoi consiste ce caractère spécial, cette spécificité de la procédure ?

C'est d'abord une spécificité organique : c'est à dire qui concerne l'organe ou les organes compétents pour réviser la constitution. Il ne s'agira pas de l'organe législatif ordinaire. Plusieurs solutions sont possibles. Soit la constitution prévoit que sa révision ne pourra être effectuée que par des organes spécialement désignés à cet effet (par exemple une assemblée constituante spécialement élue pour procéder à la révision). Soit elle exige la combinaison ou le regroupement d'organes existants. Soit enfin elle prévoit l'intervention du peuple dans le cadre d'un **référendum** de ratification de la révision constitutionnelle.

La spécificité de la procédure de révision est également formelle : ces "formes" particulières consistent généralement en une multiplicité d'étapes que doit suivre la procédure de révision, multiplicité destinée à rendre la procédure particulièrement solennelle car la révision est un acte politique important. C'est le cas de la constitution française de la quatrième République qui soumet le projet de révision à deux lectures successives par l'Assemblée nationale. La spécificité formelle consiste aussi dans l'exigence de majorités particulières qui sont généralement des majorités qualifiées (trois quart, ou quatre cinquième). La spécificité de la procédure de révision est enfin matérielle : elle concerne les limitations et interdictions qui frappent la procédure de révision dans certaines circonstances, ou lorsque la révision touche à certains domaines. La valeur juridique de ces interdictions et limitations est souvent contestée ; on fait valoir que les organes chargés de la révision pourraient y échapper en procédant en deux temps : une première révision effectuée conformément à la procédure prévue porterait sur les dispositions contenant les interdictions pour les faire disparaître ou les remplacer par d'autres ; la seconde révision affranchie des interdictions du texte initial pourrait être effectuée dans la plus totale liberté.

Dans la réalité, les constitutions combinent toujours des éléments de spécificité organique, formelle et matérielle ; c'est la combinaison réalisée qui permet de juger du caractère plus ou moins rigide, ou plus ou moins souple, de la constitution considérée.

MOTS CLES :

Coutume : règle de droit fondée sur la tradition qui résulte d'une pratique ancienne, constante et acceptée par le corps social auquel elle s'applique.

Loi fondamentale : expression utilisée pour désigner la constitution.

Codification : Réunion dans un code de toutes les dispositions législatives ou réglementaires déjà existantes sur une matière.

Libertés civiles et politiques : facultés reconnues à l'individu ou au groupe de se déterminer dans la voie privée et professionnelle (libertés civiles. Ex. Liberté religieuse), et sur le plan politique (libertés politiques. Ex. Droit de vote).

Pouvoir constituant : organe chargé d'élaborer une nouvelle constitution, ou de modifier une constitution existante.

Gouvernement de fait : gouvernement sans base légale ni fondement juridique.

Loi référendaire : loi adoptée par référendum.

Référendum : votation qui soumet une loi (ordinaire ou constitutionnelle) à l'approbation de l'ensemble du corps électoral.

5

LE CONTROLE DE CONSTITUTIONNALITE DES LOIS

Le contrôle de constitutionnalité des lois est une vérification de la conformité des lois par rapport à la constitution. Ce contrôle est justifié par la place supérieure qu'occupe la constitution dans l'ordre juridique. Les organes chargés de ce type de contrôle et les modalités de son exercice sont différents selon le système juridique adopté : système "romano - germanique" ou système de *common law*.

LES JUSTIFICATIONS DU CONTROLE DE CONSTITUTIONNALITE DES LOIS

La constitution est la norme juridique suprême. Par conséquent toutes les autres règles juridiques internes lui sont inférieures et subordonnées. L'ensemble de l'ordre juridique est souvent présenté par les juristes sous la forme d'une hiérarchie que l'on appelle "pyramide des normes". La constitution occupe le sommet de cette pyramide ; les autres règles se situent aux étages inférieurs : en dessous de la constitution, les lois (œuvre du législatif) ; en dessous des lois, les règlements (édictees par le pouvoir exécutif). Le contrôle de constitutionnalité assure le respect de cette hiérarchie.

La hiérarchie des normes.

Cette hiérarchie des normes n'est pas un caprice de juriste ; elle remplit une fonction précise. En n'attribuant pas la même valeur à toutes les normes, en les classant en fonction de leur nature et de l'autorité dont elles émanent, en forçant la norme inférieure à ne pas contredire la norme supérieure, on assure la sécurité juridique des individus et le respect de la répartition des compétences entre les autorités publiques qui participent à l'émission du droit d'un pays. Il faut y voir un gage de stabilité et d'égalité devant la loi.

En vertu du principe de constitutionnalité, les règles immédiatement inférieures à la constitution, c'est à dire les lois, doivent être conformes à la constitution. Elles doivent lui être conformes sur le plan formel : c'est à dire que les lois devront être votées en respectant la procédure et les conditions fixées par la constitution. Elles doivent également lui être conformes sur le plan matériel : elles ne devront contenir aucune disposition contraire à celles instaurées par la constitution. Elles tirent leur validité (leur valeur juridique) de cette conformité à la constitution. Car si une loi s'avère contraire à la constitution quant à la forme ou quant au fond, elle est inconstitutionnelle et donc dénuée de valeur juridique.

Il faut noter que le complément du principe de constitutionnalité "à l'étage inférieur" est le principe de légalité : les règlements émanant du gouvernement doivent être légaux, c'est à dire conformes aux lois.

Certaines critiques contestent le bien-fondé du contrôle de constitutionnalité des lois au motif que ces dernières sont l'œuvre d'assemblées élues qui expriment la volonté de la nation ; comment imaginer de contrôler l'activité et les décisions des représentants du peuple ? Comment l'organe chargé de ce contrôle pourrait-il avoir une légitimité plus grande ou simplement comparable à celle des assemblées élues ? Ce raisonnement pêche par la base puisqu'il ignore purement et simplement la hiérarchie des règles juridiques ainsi que la distinction des lois ordinaires et des constitutions ; ce faisant il remet en cause la suprématie de la constitution.

Le respect du droit.

Une fois posé le principe de constitutionnalité, il faut le faire respecter. Il est alors nécessaire d'imaginer une autorité chargée de dire si une loi est conforme ou non à la constitution. La question est délicate en raison du pouvoir important de cette autorité qui va contrôler et éventuellement sanctionner les décisions du parlement.

Deux formes sont possibles : historiquement, le contrôle a d'abord été assuré par un organe politique ; le choix paraissait logique puisqu'il s'agit de contrôler un acte éminemment politique : la loi. Mais les inconvénients de ce système sont vite apparus : en premier lieu, la désignation forcément politique de cet organe a provoqué sa dépendance (désigné par l'exécutif, il est une machine de guerre contre le parlement; issu du parlement, il n'a plus d'efficacité...) ; en second lieu, dans un contexte démocratique, cet organe politique devrait être élu : ce qui conduirait à une situation absurde en cas de conflit avec le parlement également issu du suffrage.

Ces difficultés ont conduit l'immense majorité des Etats qui avaient pratiqué le contrôle par un organe politique à lui préférer la formule du contrôle par un organe juridictionnel. Le juge présente l'avantage de la compétence : comme dans les questions de conflit de lois, il aura pour tâche de comparer deux textes juridiques (la constitution et la loi) et de dégager d'éventuelles contradictions. Dans beaucoup de pays, le juge est

également gage d'impartialité et d'indépendance, deux qualités indispensables pour ce type de contrôle.

Reste à régler une difficulté : quel juge choisir pour effectuer ce contrôle ? Faut-il désigner un juge spécial en raison du caractère très spécifique de ce type de contrôle, dont ce serait alors la tâche exclusive ? Ou faut-il confier cette fonction aux juridictions ordinaires ? Les différents régimes se sont déterminés pour la plupart en fonction de leurs systèmes juridiques : les pays de *common law* confient le contrôle de constitutionnalité aux juridictions ordinaires ; les pays de droit romain ont généralement préféré le contrôle par un juge spécial.

Quelle que soit la juridiction choisie, la critique la plus courante contre cette modalité de contrôle concerne le rôle du juge. Saisi d'un problème de conformité de la loi par rapport à la constitution, le juge va devoir interpréter la constitution car ce texte est relativement bref et pose des règles générales ou des principes sans entrer dans les détails d'application. Dans son travail d'**interprétation**, le juge sera forcément influencé par l'opinion personnelle qu'il a de la loi. Il sera tenté, parce qu'il en a la possibilité, de faire prévaloir son point de vue sur celui des organes politiques qui sont à l'origine de la loi ; et pour cela il fera dire à la constitution ce qui correspond à son opinion personnelle. C'est le risque du "**gouvernement des juges**" dénoncé aux Etats-Unis à l'époque du *New deal*. Cette critique n'est pas dénuée de fondement, et on ne manque pas d'exemple dans différents pays de juges faisant prévaloir une interprétation très contestable du texte constitutionnel. Mais cet inconvénient est indissociable de la fonction de juger : c'est à dire de trancher (et dans le cas du contrôle de constitutionnalité, sans recours). D'ailleurs un autre juge pourra trancher dans un sens différent, ou la même juridiction opérer un **revirement de jurisprudence**. De toutes façons, cet inconvénient ne peut contrebalancer l'inconvénient infiniment plus grave qui résulterait de l'absence de contrôle.

En effet, le contrôle juridictionnel permet de pacifier la vie politique. D'une part, lorsque les différents partis politiques s'affrontent sur des questions de société sans que les électeurs ne puissent intervenir pour trancher, le recours au juge constitutionnel est de nature à apaiser le débat ; car chaque parti est assuré que la majorité politique ne profitera pas de sa force pour franchir les limites fixées par la constitution. D'autre part, en cas d'alternance au pouvoir de majorités politiques opposées, l'intervention du juge constitutionnel permet d'éviter des changements de cap trop brutaux en obligeant la nouvelle majorité à s'auto-limiter pour rester dans le cadre constitutionnel ; une fois de plus, l'opposition aura la certitude qu'elle ne risque pas d'être écrasée par la nouvelle majorité. Enfin, la justice constitutionnelle favorise la cohésion politique et sociale de la société puisqu'elle consiste en une analyse publique et contradictoire des questions constitutionnelles et politiques.

Par son travail d'interprétation, le juge constitutionnel contribue à une adaptation permanente de la constitution. Il évite ainsi un vieillissement qui compromettrait l'efficacité de la loi fondamentale, et détourne le danger d'un changement brutal de constitution.

LE CONTROLE PAR UNE COUR CONSTITUTIONNELLE

C'est un système qui est né en Europe dans les pays de droit romain. Il découle des principes de hiérarchie des normes et de suprématie de la constitution énoncés après la première guerre mondiale par le juriste autrichien **Hans Kelsen**. Selon lui, le contrôle de constitutionnalité ne peut être que "centralisé" c'est à dire exercé par une juridiction qui dispose du monopole d'appréciation de la constitutionnalité des lois. Cette juridiction doit être spécifique c'est à dire située en dehors de l'appareil juridictionnel, à l'écart des juridictions ordinaires, et spécialisée sur le contentieux constitutionnel. C'est en effet une garantie de la cohérence de **l'ordonnement juridique** à travers le respect par l'ensemble des tribunaux d'une interprétation constitutionnelle unique. Les premières applications ont lieu en Autriche (constitution de 1920), en Tchécoslovaquie (1920) et en Espagne (1931). Après la seconde guerre mondiale, l'Italie, l'Allemagne, la France, le Portugal et la Belgique adoptent ce modèle, qui sera ensuite transposé sur tous les continents. En Asie, il est pratiqué en Corée du sud ("Cour constitutionnelle"), en Thaïlande ("Cour constitutionnelle") et au Cambodge ("Conseil constitutionnel").

Le mode de nomination et la composition de cette cour constitutionnelle située en marge de la hiérarchie judiciaire sont importants pour déterminer son degré d'indépendance. Il faut prendre en considération la nature des autorités habilitées à nommer les membres de la cour (chef de l'Etat, chef du gouvernement, assemblées parlementaires, etc), car ces personnalités ou ces assemblées auront tendance à désigner des personnes de leur orientation politique. Ensuite il faut se demander quelles sont les procédures applicables à la désignation des membres (choix direct, choix sur des listes d'experts, propositions d'instances qualifiées). Enfin s'agissant du statut des membres de la cour, un certain nombre d'éléments peuvent influencer leur indépendance (durée du mandat, reconduction possible, incompatibilités).

Un contrôle abstrait.

On parle de contrôle "abstrait" des normes quand les questions soumises à la cour constitutionnelle ne supposent pas la résolution d'un litige particulier. Il s'agit pour le juge de confronter deux normes générales, l'une constitutionnelle, l'autre législative, le juge statuant sur la loi en elle-même et pas sur son application à un litige particulier. Le procès n'oppose pas deux parties ; c'est un procès fait à la loi.

Cependant dans certains pays, le juge constitutionnel peut être saisi par **voie préjudicielle** de l'interprétation de la loi : c'est à dire qu'un juge ordinaire peut, à l'occasion d'un litige concret, décider un renvoi devant la cour constitutionnelle. Dans ces conditions, il s'agit davantage d'un contrôle concret (même si le rôle du juge constitutionnel n'est pas de trancher le litige, mais de statuer sur la conformité de la loi **déférée** par

le juge ordinaire). On peut aussi considérer comme contrôle concret les recours directs pour violation des **droits fondamentaux** dirigés contre des actes législatifs en Allemagne, Autriche et Belgique.

Un contrôle par voie d'action.

La voie d'action permet à un organe, une personnalité, un citoyen de saisir directement la cour constitutionnelle d'une **requête** aux fins de lui faire vérifier la conformité d'une loi à la constitution. En général, pour éviter d'encombrer le rôle de la cour constitutionnelle, l'action en inconstitutionnalité est soumise à des conditions très strictes ; elle est souvent réservée à quelques autorités politiques.

Ce contrôle par voie d'action peut être organisé a priori, c'est à dire avant la **promulgation** de la loi (ou la ratification d'un traité en cas de contrôle de la conformité des traités). C'est dans le cas de ce contrôle préalable que la saisine est réservée à des autorités politiques qui vont porter directement la loi (ou le traité) devant la cour constitutionnelle. En France, la saisine est réservée au Président de la République, au président de l'une des deux assemblées, et 60 députés ou 60 sénateurs. En cas de contrôle a priori, la cour doit statuer rapidement et le délai est généralement prévu par la constitution.

Le contrôle abstrait peut se faire également a posteriori, après la promulgation. En général, un délai assez bref est prévu (trente jours en Italie, trois mois en Espagne) ; mais dans certains cas, la saisine est possible sans limitation de durée.

L'autorité absolue de la chose jugée.

Quand la cour statue sur une loi de manière abstraite, la logique veut que sa décision soit revêtue de l'autorité absolue de chose jugée. Cette décision de conformité ou de non - conformité est sans recours et vaut à l'égard de tous (*erga omnes*). Elle s'applique ensuite à tous les litiges concrets soumis aux juridictions ordinaires. Même dans les hypothèses où la cour intervient sur renvoi d'un juge ordinaire et où des intérêts individuels sont en jeu, la déclaration d'inconstitutionnalité de la loi dans un litige déterminé aura une portée générale garantissant la cohérence de l'ordre juridique. La loi déclarée inconstitutionnelle est annulée.

Deux questions complexes méritent d'être évoquées à propos de l'annulation de la loi : la première concerne la date d'effet de l'annulation. Normalement la déclaration d'inconstitutionnalité de la loi et l'annulation qui s'en suit prennent effet au moment où la loi est entrée en application : c'est l'effet *ex tunc*. Mais certaines cours constitutionnelles se reconnaissent le pouvoir de fixer la date d'effet de l'annulation au jour de leur décision : c'est l'effet *ex nunc*. La seconde question est celle de savoir comment s'appliquent les décisions de conformité "sous réserve", c'est à dire les décisions déclarant la loi conforme à la constitution mais sous réserve que ses dispositions soient interprétées comme l'a défini le juge constitutionnel.

LE CONTROLE PAR LES JURIDICTIONS ORDINAIRES

C'est aux Etats-Unis d'Amérique qu'est apparu ce type de contrôle. La constitution du 17 septembre 1787 ne le consacre pas explicitement ; l'article III, section 1 prévoit seulement que "le pouvoir judiciaire des Etats - Unis est dévolu à une Cour suprême et aux cours inférieures dont le Congrès peut, au fur et à mesure des besoins, ordonner l'établissement". Mais dans les articles qu'il publie pour soutenir la ratification de la constitution en 1787 (et qui seront réunis dans **Le fédéraliste**), **Hamilton** développe une argumentation dans ce sens. Pour lui la constitution, loi suprême du pays, doit faire comme toute loi l'objet d'interprétation : c'est la fonction du juge. Il considère que s'il existe une contradiction entre la constitution et une loi, la norme qui présente "un caractère obligatoire et une valeur supérieure doit être préférée ; en d'autres termes la constitution doit être préférée à la loi, l'intention du peuple à l'intention de ses agents...". Il justifie par ailleurs le choix du judiciaire pour assurer ce contrôle par l'argument selon lequel des trois pouvoirs, il est le plus faible ; le risque de le voir empiéter sur le pouvoir législatif est donc quasiment inexistant. Le raisonnement de Hamilton sera repris par le Chief Justice Marshall dans l'arrêt **Marbury v. Madison** en 1803 par lequel il consacre le contrôle de constitutionnalité des lois et en fait un élément désormais essentiel du système politique américain.

Désormais en effet le contrôle peut être exercé par n'importe quel juge fédéral ou étatique. Les tribunaux nord-américains disposent d'une **plénitude de juridiction** et le juge saisi en première instance est compétent pour se prononcer sur l'ensemble des questions soulevées par un litige, y compris les questions constitutionnelles. La Cour suprême placée au sommet de la hiérarchie judiciaire est saisie le plus souvent par la voie d'un recours en *certiorari* : il s'agit d'obtenir la "certification" des décisions rendues par les juridictions inférieures. Elle remplit à cette occasion une fonction régulatrice suprême. Par ailleurs, elle vérifie la conformité des lois d'Etats par rapport à la constitution fédérale ; et depuis le 19^{ème} siècle elle a affirmé la suprématie de son intervention sur celle des cours suprêmes des Etats : deux garanties décisives de l'uniformité du droit dans la fédération américaine.

Le type américain du contrôle, appelé *Judicial review*, a connu une large diffusion depuis deux siècles ; mais ses transpositions dans des pays de tradition juridique différente ont évidemment consacré des atteintes à la pureté du modèle initial. Se situent dans cette lignée le Canada, le Brésil, l'Argentine et le Mexique sur le continent américain ; la Norvège, le Danemark et la Suède en Europe ; le Japon, les Philippines, la Malaisie et Singapour en Asie (les deux premiers ont été occupés par les Etats - Unis ; les deux autres sont d'anciennes colonies britanniques).

Un contrôle concret.

Le contrôle est "concret" puisqu'il s'exerce à l'occasion de cas concrets et de litiges particuliers. Cette exigence conditionne d'ailleurs la recevabilité de la requête : pour valablement saisir la cour le requérant doit justifier d'un intérêt pour agir (*Standing*) et du caractère toujours actuel du litige (*Mootness*). Le demandeur doit être directement touché par la violation de la constitution, et le dommage doit être certain (*Ripeness*). La Cour suprême des Etats-Unis interprète souvent avec souplesse ces exigences, mais elles sont maintenues en théorie car pour la doctrine américaine ; à défaut d'exercice d'un tel contrôle concret, le juge pourrait supplanter le législateur. Ainsi la Cour s'interdit de rendre des avis consultatifs à destination des autres branches du pouvoir. Elle n'est constitutionnellement investie que du pouvoir de dire le droit dans le but de résoudre un litige. Elle s'est d'ailleurs déclarée incompétente pour connaître de toute "question politique" (*Political questions*), c'est à dire d'un litige qui par sa nature ne se prête pas à un mode de résolution judiciaire. La Cour en a fait usage notamment en matière d'affaires étrangères et de pouvoirs de guerre.

Les cours suprêmes japonaise et philippine largement calquées sur le modèle américain adoptent la même attitude.

Un contrôle par voie d'exception.

Le contrôle concret s'exerce a posteriori à la demande des citoyens. Lorsque ces derniers sont attirés devant un tribunal en application d'une loi qu'ils estiment inconstitutionnelle, ils peuvent soulever l'exception d'inconstitutionnalité : c'est à dire qu'ils demandent au juge de déclarer ce texte inconstitutionnel et de ne pas l'appliquer à l'affaire. Dans ce cas, le juge saisi doit, avant de trancher le procès au fond, se prononcer sur la constitutionnalité de la loi en cause. S'il estime la loi inconstitutionnelle, elle sera inapplicable au procès en cours. Bien entendu, l'appel est possible ; et par voie d'appels successifs, l'affaire peut arriver jusqu'à la Cour suprême. Donc dans ce système tout individu peut mettre en cause la constitutionnalité d'une loi.

Par cette voie de l'exception le juge est saisi de questions de société qui sont souvent très conflictuelles ; et ses décisions lui permettent d'influencer la société politique. C'est en particulier le cas de la Cour suprême dont les arrêts jalonnent l'histoire des Etats-Unis et affectent la vie des citoyens : ses décisions relatives aux relations entre l'Etat fédéral et les Etats fédérés, aux droits civiques, à la séparation des Eglises et de l'Etat ont relancé sans cesse le débat sur l'étendue de ses pouvoirs et sur sa légitimité (ou son manque de légitimité) démocratique.

L'autorité relative de la chose jugée.

Dans le cas de l'exception d'inconstitutionnalité, un juge ne peut rendre une décision que dotée de l'autorité relative de chose jugée. Son éventuel jugement d'inconstitutionnalité ne vaudra que pour l'affaire et les parties en cause. La loi ne sera pas annulée *erga omnes* ; le juge déclarera

seulement qu'il refuse de l'appliquer à l'affaire en cause du fait de son inconstitutionnalité. Mais en pratique, si cette décision est prononcée par une cour suprême, elle fait **jurisprudence**. Compte tenu du jeu de la règle du précédent, l'arrêt de la Cour suprême de Washington en paralyse l'application sur l'ensemble des Etats américains dans la mesure où les juridictions inférieures doivent s'y conformer.

La jurisprudence joue donc un rôle déterminant dans la formation et le développement du bloc de constitutionnalité. Les tribunaux n'ont certes pas le pouvoir de créer des normes ; ils jugent des cas d'espèce et leurs décisions n'ont que l'autorité relative de la chose jugée. Mais comme dans la réalité les tribunaux sont dans l'obligation d'appliquer et par conséquent d'interpréter la constitution, ils sont aussi en mesure de la préciser, de la compléter, voire de l'augmenter. Plusieurs cas peuvent se présenter : soit la cour se reconnaît la possibilité d'énumérer et de définir les principes que la constitution se borne à présenter collectivement ; soit les tribunaux doivent donner un sens à des dispositions constitutionnelles trop imprécises pour pouvoir être appliquées sans être interprétés ; soit enfin le juge rattache au texte constitutionnel, de manière fictive, un principe général qui en est assez sensiblement éloigné, pour lui donner ainsi valeur constitutionnelle et l'intégrer dans le bloc de constitutionnalité.

LE CONTROLE DE CONSTITUTIONNALITE EN FRANCE

Depuis la Révolution française, plusieurs éléments s'opposent à l'instauration d'un contrôle de constitutionnalité des lois, en particulier le dogme de la souveraineté de la loi. C'est pourquoi les rares expériences menées se soldent par des échecs, ou des faux-semblants. C'est la constitution de 1958 qui met en place, pour la première fois en France, un authentique contrôle. Mais dans l'intention du constituant de 1958, l'institution d'un Conseil constitutionnel visait à sanctionner la répartition des domaines entre la loi et le règlement, et donc la répartition des compétences entre le parlement et le gouvernement : le Conseil devait faire échec à une extension par le parlement du domaine de la loi, et éviter qu'il ne sorte du domaine borné par l'article 34. Le Conseil ainsi conçu comme le « chien de garde » du pouvoir réglementaire, devait néanmoins se transformer en protecteur de droits fondamentaux au début des années 1970.

La répartition du pouvoir normatif : la répartition du pouvoir normatif opérée par les articles 34 et 37 de la constitution est sanctionnée de deux manières suivant que le problème est posé à l'égard des

compétences du pouvoir législatif ou celles du pouvoir réglementaire. Si le pouvoir réglementaire empiète sur le domaine législatif, ce sont les tribunaux administratifs qui interviennent, et en dernier ressort le Conseil d'Etat ; si le pouvoir législatif empiète sur le domaine réglementaire, le Conseil constitutionnel est compétent.

- Au stade de l'élaboration de la loi (art. 41) : en cas de désaccord entre le président de l'assemblée concernée et le gouvernement sur le point de savoir si une proposition de loi ou un amendement sort du domaine de la loi, le Conseil est saisi par le président de l'assemblée ou le premier ministre ; il doit statuer dans un délai de huit jours et constater si l'irrecevabilité opposée par le premier ministre l'a été à bon escient ou à tort.

- Après la promulgation, le premier ministre peut saisir le Conseil (art. 37-2) qui se prononce sur la conformité à la constitution des « textes de forme législative » ; s'il déclare qu'ils ont un caractère réglementaire, ils pourront être modifiés par décret.

Dans ces deux cas, le Conseil n'intervient que pour décider de la qualification législative ou réglementaire des matières sur lesquelles porte le texte qui lui est soumis ; quelle que soit sa décision, le texte subsiste.

- Par contre il décide sans recours possible de l'application du texte soumis à son contrôle en vertu de l'article 61 : après l'adoption, mais avant la promulgation de la loi, le Conseil intervient obligatoirement pour les lois organiques et les règlements des assemblées ; facultativement pour les lois ordinaires, s'il est saisi par le Président de la République, le premier ministre, le président d'une des assemblées, et soixante députés ou soixante sénateurs.

Ces contrôles à tous les stades de la procédure législative sont autant de filtres destinés à éviter que le pouvoir législatif n'empiète sur le domaine réglementaire. Mais le contrôle ne porte pas sur le fond des textes.

La protection des droits fondamentaux : deux événements permettent la transformation du rôle du Conseil. Le premier est dû à la seule volonté du Conseil dans sa décision désormais célèbre « liberté d'association » du 16 juillet 1971 ; le second résulte de la réforme de la constitution du 29 octobre 1974 modifiant l'article 61 pour permettre à soixante députés ou soixante sénateurs de saisir le Conseil.

La décision de 1971 : pour lutter contre la création de groupes politiques d'extrême gauche, le gouvernement dépose en 1971 un projet de loi modifiant la loi de 1901 sur les associations. Désormais les associations ne pourront plus se constituer librement mais seront soumises à un contrôle préalable de l'autorité judiciaire. Le projet est adopté par l'Assemblée nationale mais repoussé par le sénat ; le président du Sénat saisit le Conseil qui déclare la loi contraire à la constitution. Cette décision connaît un grand retentissement sur le

plan politique puisque le Conseil rompt avec son attitude antérieure de prudence et affirme son indépendance à l'égard de l'exécutif ; elle est également importante sur le plan juridique pour deux raisons : d'un part le Conseil censure le texte pour un motif d'inconstitutionnalité matérielle : il juge le fond et non plus seulement la répartition formelle des compétences ; d'autre part, pour la première fois dans cette décision, il vise « la constitution, et notamment son préambule ». Il élargit de ce fait considérablement la norme de référence du contrôle de constitutionnalité qui comprend, outre la constitution proprement dite, le préambule ; or le préambule de la constitution de 1958 fait référence à la déclaration de droits de l'Homme et du citoyen de 1789, et au préambule de la constitution de 1946 qui évoque les « principes fondamentaux définis par les lois de la République » et définit les « principes politiques, économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps », et (depuis la révision constitutionnelle du 1 mars 2005) à la charte de l'environnement. Certains auteurs ont pu alors parler d'un « bloc de constitutionnalité », d'autant que le Conseil y a ajouté un certain nombre « d'objectifs à valeur constitutionnelle » d'origine indéterminée.

L'élargissement de la saisine : la révision constitutionnelle du 29 octobre 1974 porte sur l'article 61 ; désormais le Conseil pourra être saisi par soixante députés ou soixante sénateurs. Cette modification permet donc à l'opposition parlementaire de saisir le Conseil, ce qui va provoquer un accroissement quantitatif de ses décisions : de 1958 à 1971 il n'avait rendu que 23 décisions ; depuis la révision de 1974, aucune loi importante n'échappe au contrôle du Conseil.

La révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 constitue **une extension supplémentaire** ; le nouvel article 61-1 confie au Conseil la mission de trancher une question de conformité posée par les juridictions judiciaires (la Cour de cassation) ou administratives (le Conseil d'Etat) : il ne s'agit donc pas vraiment d'une exception d'inconstitutionnalité, mais d'un renvoi préjudiciel (qui aboutit cependant à l'abrogation de la disposition inconstitutionnelle) : c'est la question prioritaire de constitutionnalité.

MOTS CLES :

Interprétation : opération qui consiste à discerner le véritable sens d'un texte obscur.

"Gouvernement des juges" : expression utilisée pour critiquer l'opposition de la Cour suprême aux réformes mises en œuvre par F. D. Roosevelt à partir de 1933 ; employée depuis pour dénoncer l'intervention du judiciaire dans les questions politiques.

Revirement de jurisprudence : désigne un changement dans la jurisprudence d'un tribunal.

Hans Kelsen : 1881 - 1973. Juriste autrichien, fondateur de l'école normativiste (le droit est un composé de normes qui s'ordonnent strictement et hiérarchiquement).

Ordonnement juridique : ensemble de règles de droit articulées entre elles qui sont en vigueur à un moment donné dans une société donnée.

Voie préjudicielle : une question est dite préjudicielle quand elle doit être jugée avant une autre dont elle commande la solution, mais par une juridiction autre que celle qui connaît de cette dernière. Se dit aussi du renvoi lui-même : renvoi préjudiciel.

Déféré : attribué, transmis, conféré.

Droits fondamentaux : droits et libertés garantis par la constitution et la loi.

Requête : demande adressée à une autorité ayant pouvoir de décision.

Promulgation : décret par lequel le chef de l'Etat constate que la procédure d'élaboration de la loi a été régulièrement accomplie et rend exécutoire comme loi de l'Etat le texte adopté par le parlement.

Le fédéraliste : titre de l'ouvrage qui rassemble les 95 articles publiés dans les journaux de New York au moment du débat sur la ratification de la constitution américaine en 1787 ; ces articles signés du pseudonyme de "Publius" étaient rédigés par Alexander Hamilton, James Madison et John Jay.

Hamilton : 1757 - 1804. Homme politique américain, il fut l'un des rédacteurs de la constitution et le fondateur du parti fédéraliste.

Marbury v. Madison : arrêt de la Cour suprême des Etats-Unis rendu en 1803 à propos de la nomination tardive du juge Marbury par le président Adams peu avant la fin de ses fonctions présidentielles, et la non-exécution de cette décision par le secrétaire d'Etat James Madison. Le président de la Cour suprême, le Chief Justice Marshall, utilisera la requête de Marbury pour justifier et implanter le contrôle de constitutionnalité par la Cour suprême.

Plénitude de juridiction : ou pouvoir de pleine juridiction. Connaissance du litige dans son entier, c'est à dire dans tous ses éléments de droit et de fait.

Jurisprudence : ensemble des décisions de justice rendues soit dans une matière, soit par une juridiction particulière.

6

LES NORMES INTERNATIONALES ELABORATION ET CONCLUSION

Pour apprécier la nature et la valeur juridique des normes internationales, il faut d'abord prendre conscience de la différence importante entre le système juridique international (ou inter étatique) et le système juridique interne.

Le système juridique étatique, ou interne, est fondé sur une hiérarchie entre la collectivité publique et les particuliers ; ces derniers sont en effet soumis au pouvoir politique, aux autorités publiques. Dans ce système la production du droit est d'abord le fait de l'État qui représente l'intérêt général, supérieur aux intérêts privés. Ce sont les personnes publiques qui produisent unilatéralement des normes ou des situations légales qui sont opposables à tous les individus. Certes, les particuliers produisent du droit (règles internes à une entreprise, contrat de vente) qui est opposable à d'autres individus ; mais cette production est « dérivée » car elle doit s'inscrire dans les limites du droit objectif produit par l'État. En cas de non-respect du droit, ce sont les organes juridictionnels de l'État qui interviennent et les sanctions sont organisées par le droit de l'État.

Le système juridique inter étatique, ou international, et - au sens littéral du terme - anarchique. La société internationale est formée d'Etats souverains ; il n'existe pas de d'autorité supérieure aux Etats ; il n'existe pas de pouvoir international. En conséquence, le droit international est le produit de l'intérêt des Etats. Dès lors, le droit international ne provoque généralement pas d'effet dès sa création : d'abord, un acte juridique (traité, acte unilatéral) est élaboré ; ensuite, les effets de cet acte juridique doivent être acceptés par l'État. Résultat : les normes internationales sont relatives ; elles lient les états qui ont accepté qu'elles leur soient opposables. De plus, les normes internationales sont indifférenciées : il n'existe pas entre elles de hiérarchie comme en droit interne, puisque leurs effets dépendent de la volonté des Etats. Enfin, en cas de non-respect du droit international, les mécanismes juridictionnels (tribunaux) existent ; mais ils sont institués par les Etats et leur compétence dépend de ces derniers. Quant aux sanctions imposées aux Etats, elles sont tout simplement impossibles. Il n'existe pas d'autorité supérieure qui pourrait leur en imposer. Certes, des mécanismes collectifs de garantie du respect de la légalité internationale ont été mis en place ; mais ils l'ont été par les Etats.

Les différentes catégories de normes internationales sont traditionnellement présentées conformément à la liste qui figure à l'article 38 du statut de la Cour internationale de justice : conventions internationales, coutume, principes généraux du droit, jurisprudence, doctrine. Ne seront retenus ici que les sources principales de droit international, les normes les plus courantes : les conventions internationales, la coutume, les actes des organisations intergouvernementales (OIG).

LES CONVENTIONS INTERNATIONALES

L'expression « convention internationale » est - tout comme le terme « traité » - générique : elle désigne un accord entre deux ou plusieurs

Etats concernant leurs relations. Les dénominations des accords internationaux sont aussi diverses qu'imprécises : protocole, déclaration, pacte, charte, constitution, échange de notes, concordat, acte final, *modus vivendi*... Les domaines couverts par les conventions internationales ou traités sont ceux de la politique étrangère : affaires politiques, militaires, économiques, culturels, scientifiques et techniques.

Définition

Le traité constitue une manifestation de volonté concordante émanant de deux ou plusieurs sujets du droit international destinée à produire des effets juridiques selon les règles du droit international.

C'est une manifestation c'est-à-dire l'extériorisation d'une volonté : soit par écrit, soit verbalement, soit par un comportement clair.

Elle émane de deux ou plusieurs sujets de droit : Etats, organisations intergouvernementales, ou entités comme le CICR.

Le traité est soumis au droit international, et non pas au droit interne d'un pays.

Conclusion du traité

La conclusion - ou la formation - d'un traité est longue et compliquée pour plusieurs raisons : d'abord le traité porte sur des questions à propos desquelles les Etats ont des intérêts différents, ce qui nécessite d'accorder ces intérêts ; ensuite les Etats agissent par leurs autorités, c'est-à-dire des personnes physiques autorisées à les engager (et dans les Etats contemporains, plusieurs organes interviennent : le gouvernement, mais aussi le parlement) ; enfin les traités sont souvent multilatéraux ; ce sont alors les intérêts de plus de deux Etats qui doivent être pris en compte dans la négociation.

La procédure de conclusion suit plusieurs étapes successives : il s'agit d'abord d'établir le texte d'un traité au terme de négociations ; il faut ensuite authentifier le texte, puis s'engager à poursuivre la procédure ; il faut enfin exprimer la volonté d'être engagé définitivement. Certes la procédure peut être simplifiée si les Etats ne souhaitent ; c'est ainsi que la signature peut signifier non seulement l'authentification du texte, mais également la volonté de poursuivre la procédure, et même quelquefois la volonté de s'engager définitivement.

Entrée en vigueur

La date de l'entrée en vigueur ne fait pas problème dans les traités bilatéraux, puisque l'échange d'instruments concrétise cette entrée en vigueur. La question est plus complexe dans les traités multilatéraux ; ces derniers prévoient généralement que l'entrée en vigueur interviendra lorsqu'un certain nombre de ratifications auront été acquises. Bien entendu, pour les Etats qui adhèrent à un traité, la date de leur adhésion détermine l'entrée en vigueur à leur égard.

Les réserves

La convention de Vienne définit la réserve comme « une déclaration unilatérale, quelle que soit sa désignation, faite par un État quand il signe, ratifie, accepte ou approuve un traité, par laquelle il vise à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leur application à cet Etat » (article 21). La réserve pose donc une condition : l'État ne s'engage qu'à condition que certains effets juridiques du traité ne lui soient pas appliqués.

La pratique est particulièrement courante dans les traités multilatéraux, surtout depuis 1945 avec la pratique des conférences internationales où les traités sont adoptés à la majorité qualifiée (généralement la majorité des deux tiers) ; la minorité n'est plus assurée que ses intérêts sont pris en considération ; et les Etats qui composent cette minorité ont tendance à formuler des réserves. D'autant que le principe posé par la Convention de Vienne est celui de la liberté de formuler des réserves, sauf si une stipulation expresse l'interdit, ou si ces réserves doivent être préalablement approuvées par les autres Etats contractants à une certaine majorité. En dehors de ces cas, la seule limite posée par la Convention de Vienne est que la réserve doit être compatible avec l'objet et le but du traité.

Les effets

Le traité produit des effets à l'égard de ses signataires : les auteurs du traité l'ont en effet voulu ; ils acceptent son application sur leur territoire. Mais le traité peut également produire des effets en dehors des parties : malgré le principe de souveraineté des Etats, il arrive qu'un État subisse les effets d'un traité auquel il n'a pas consenti : c'est notamment le cas des traités instituant des situations statutaires (tracé de frontières, régime de démilitarisation, statut de fleuve international).

L'interprétation

Commentaire du texte de la Convention de Vienne sur le droit des traités (adoptée le 23 mars 1969 ; entrée en vigueur le 27 janvier 1980)

SECTION 3. INTERPRÉTATION DES TRAITÉS

Article 31

RÈGLE GÉNÉRALE D'INTERPRÉTATION

1. 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.

2. 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.

3. 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.
4. Un terme sera entendu dans un sens particulier s'il est établi que telle était l'intention des parties.

Article 32

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.

Article 33

INTERPRÉTATION DE TRAITÉS AUTHENTIFIÉS EN DEUX OU PLUSIEURS LANGUES

1. Lorsqu'un traité a été authentifié en deux ou plusieurs langues, son texte fait foi dans chacune de ces langues, à moins que le traité ne dispose ou que les parties ne conviennent qu'en cas de divergence un texte déterminé l'emportera.
2. Une version du traité dans une langue autre que l'une de celles dans lesquelles le texte a été authentifié ne sera considérée comme texte authentique que si le traité le prévoit ou si les parties en sont convenues
3. Les termes d'un traité sont présumés avoir le même sens dans les divers textes authentiques.
4. Sauf le cas où un texte déterminé l'emporte conformément au paragraphe 1, lorsque la comparaison des textes authentiques fait apparaître une différence de sens que l'application des articles 31 et 32 ne permet pas d'éliminer, on adoptera le sens qui, compte tenu de l'objet et du but du traité, concilie le mieux ces textes.

La non-application des traités

Le droit international reconnaît la possibilité pour les Etats signataires de ne pas appliquer un traité ; cette possibilité est ouverte pour des raisons tenant à l'acte lui-même, ou à des causes externes.

Les vices de l'acte sont : l'irrégularité du consentement selon le droit interne (« ratification imparfaite ») ; l'erreur ; le dol (fraude, tromperie) ; la corruption du représentant d'un État ; la contrainte exercée sur le représentant d'un État par la menace ou l'emploi de la force.

Les causes externes sont l'impossibilité d'exécution (théorie de la force majeure) ou le changement fondamental des circonstances, « si les circonstances ont constitué une base essentielle du consentement des parties » (article 62 de la Convention de Vienne).

LA COUTUME INTERNATIONALE

La coutume internationale apparaît après les conventions internationales dans l'article 38 du statut de la Cour internationale de justice ; mais cette présentation ne signifie pas qu'il existe une hiérarchie entre les sources du droit international. Le statut de la CIJ définit la coutume comme « la preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit ». La coutume désigne donc le résultat d'un processus social, d'une habitude collective.

Définition

La définition de la coutume est importante en raison de ses effets sur les Etats ; ce sont en particulier les Etats issus de la décolonisation depuis les années 1960 qui ont posé la question de savoir s'ils étaient liés par des règles coutumières à la formation desquelles ils n'avaient pas participé. La doctrine se partage en deux courants : pour l'école volontariste, il ne peut y avoir de formation de la coutume sans volonté du sujet, c'est-à-dire de l'Etat ; l'école objectiviste considère la coutume comme l'expression d'une nécessité sociale ressentie par les membres de la collectivité internationale (une nécessité qui peut dès lors s'imposer aux Etats qui refusent d'y prendre part ou restent à l'écart).

La jurisprudence internationale fait apparaître une convergence des deux écoles et des définitions, puisqu'elle fait reposer la coutume sur deux éléments : un élément matériel, la pratique générale ; un élément psychologique, la croyance ou la conviction des Etats qu'ils se conforment, non à un simple usage, mais une véritable règle de droit. Donc, la « pratique générale » doit être acceptée comme « étant le droit ».

Le rôle du juge

Le rôle du juge est dès lors essentiel dans la formation de la coutume : c'est généralement le juge qui révèle la coutume. Le problème principal qui se pose à ce dernier est celui d'apporter la preuve de l'existence de la coutume : c'est déjà difficile pour l'élément matériel ; ce l'est bien davantage pour l'élément psychologique.

LES ACTES DES ORGANISATIONS INTERGOUVERNEMENTALES

Les actes des OIG se caractérisent par une grande diversité de dénominations : recommandations, résolutions, directives, règlements... Le terme générique - habituellement utilisé - est celui de résolution. Cette grande diversité résulte de plusieurs facteurs : d'abord, ces actes ont un fondement différent, qui dépend de chaque traité organisant l'OIG ; ensuite, leurs conditions d'élaboration sont différentes (chaque organisation dispose de ses propres organes et fonctionne selon ses propres procédures) ; enfin, leur contenu est différent : soit général et impersonnel, soit concret et individualisé ; soit constatation, soit invitation ou injonction.

La validité des actes des OIG

L'autorité d'un acte dépend de sa validité. En droit interne, il est possible de contester et de vérifier cette validité ; c'est l'une des tâches des juridictions.

En droit international, il n'existe pas de contrôle centralisé de la validité des actes : chaque État membre accepte ou rejette pour son compte la validité d'une résolution de l'organisation internationale. Un État peut même refuser de tenir compte d'un acte censurant son comportement ou lui enjoignant une attitude déterminée.

Les effets des actes des OIG

A l'égard des États membres d'une organisation, le principe général est que les actes de cette organisation n'ont pas de force obligatoire. C'est par exemple le cas des recommandations de l'Assemblée générale des Nations unies : ces dernières comportent des invitations, des incitations, des encouragements... Elles ont – pour certaines d'entre elles - une grande importance idéologique ; mais leur portée juridique est réduite.

Exceptionnellement, certains actes d'organisations intergouvernementales présentent un caractère obligatoire. Ainsi, certaines institutions spécialisées des Nations unies peuvent adopter des règlements techniques qui sont notifiés aux États parties et qui entrent en vigueur après un certain délai (OIT, OMS, OACI) ; également certaines décisions du Conseil de sécurité des Nations unies agissant dans le cadre du chapitre VII de la charte (paix et sécurité internationale) ont force obligatoire pour l'ensemble des États et sont susceptibles de leur être imposées par la force.

Bibliographie complémentaire

DUPUY Pierre Marie, *Droit international public*, Paris, Dalloz

DUPUY Pierre Marie, *Les grands textes du droit international public*, Paris, Dalloz

MARTIN Pierre Marie, *Les échecs du droit international*, Paris, PUF (QSJ)

7

LES NORMES INTERNATIONALES APPLICATION EN DROIT INTERNE

La question de l'application des règles internationales dans l'ordre interne mérite d'être étudiée lorsque ces dernières - surtout les conventions internationales - créent des droits et des obligations pour les particuliers ; elles produisent donc des effets internes. Comment sont-elles intégrées dans l'ordre interne ? Quelle est leur place dans la hiérarchie des normes ?

MONISME OU DUALISME

Ces deux grands systèmes s'opposent en doctrine ; mais le droit positif, dans chaque État, ne correspond pas vraiment à cette distinction.

En doctrine

Le dualisme qui postule la juxtaposition de deux ordres juridiques entièrement différents (interne, international) s'oppose au monisme qui suppose l'unité entre l'ordre interne et international : mais ce dernier comporte deux variantes.

Le monisme avec primauté du droit interne considère que les droits interne et international forment un seul corps de règles, directement applicables par les mêmes organes aux mêmes sujets. Ainsi, dans le cas d'un traité régulièrement ratifié, les normes qu'il comporte sont intégrées à la légalité interne ; il en va de même pour la coutume dont le contenu est clairement établi. En cas de conflit entre règles internes et internationales, la primauté est reconnue aux premières : la loi s'impose au traité. Une loi peut donc abroger un traité, ou limiter son application. Le monisme avec primauté du droit international se fonde également sur l'unité du système juridique, mais au profit du droit international. Les engagements internationaux sont supérieurs aux règles internes. Cette conception issue de la théorie normativiste du droit ne rend évidemment pas compte du droit positif dans la plupart des États.

Quant au dualisme, il part du constat de deux ordres juridiques distincts, étrangers l'un à l'autre. De ce point de vue, un traité ne produit d'effet

qu'à l'égard des Etats signataires, pas des individus. L'intégration de la norme internationale dans l'ordre juridique interne suppose une procédure de réception : le traité, par exemple, est introduit en droit interne par une loi qui en reprend le contenu. Dès lors, aucun conflit n'est possible entre les normes de deux ordres.

En droit positif

L'analyse du droit positif fait apparaître une réalité plus complexe que les doctrines : elle permet de constater une autonomie des ordres juridiques, mais aussi leur interdépendance.

Autonomie, puisque chaque ordre interne, chaque État, détermine la place qu'occupent les règles internationales dans sa hiérarchie.

Interdépendance, car les deux ordres sont condamnés à cohabiter ; ils ne peuvent fonctionner l'un sans l'autre tant que les Etats veulent développer leurs relations internationales.

C'est ainsi que certaines constitutions affichent un choix moniste avec primauté du droit international : la loi fondamentale allemande, la constitution grecque, la constitution des Pays-Bas. D'autres sont plus ambiguës : les constitutions espagnole, portugaise, italienne prévoient que les normes internationales font partie intégrante de leur droit ; mais elles ne déterminent pas le rapport juridique entre les normes internationales et la loi, ce qui permet une pratique dualiste.

Les dispositions constitutionnelles françaises

Le préambule de la constitution de 1958 renvoie au préambule de 1946. Ce dernier énonce (alinéa 14) : « **la République française, fidèle à ses traditions, se conforme aux règles du droit international** ». Par cette expression, le constituant reconnaît la supériorité du droit international sur le droit interne. L'alinéa 15 ajoute : « **Sous réserve de réciprocité, la France consent aux limitations de souveraineté nécessaires à l'organisation et à la défense de la paix** ». Cette disposition vise clairement l'organisation des Nations unies ; mais les termes paraissent plus ambigus : quel est le contenu de la réciprocité et comment est-elle constatée ? Quelle est la définition de la souveraineté ? Que recouvrent les limitations de souveraineté ?

L'article 55 de la constitution indique : « **les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve pour chaque accord au traité, de son application par l'autre partie** ».

Les autorités chargées de l'exécution du droit international en droit interne sont le Président de la République (il est notamment le garant du respect des traités), le parlement qui autorise la ratification des traités et assure leur exécution dans le cadre de ses compétences, les juridictions qui ne sont pas mentionnées expressément dans la constitution mais dont

l'intervention est inévitable en cas de conflit entre la loi et les règles internationales.

Le Conseil constitutionnel est également concerné puisqu'il se prononce sur la compatibilité avec la constitution des clauses d'un engagement international ; l'article 54 de la constitution indique : « **Si le Conseil constitutionnel, saisi par le Président de la République, par le Premier ministre, par le président de l'une ou l'autre assemblée ou par soixante députés ou soixante sénateurs, a déclaré qu'un engagement international comporte une clause contraire à la Constitution, l'autorisation de ratifier ou d'approuver l'engagement international en cause ne peut intervenir qu'après révision de la Constitution** ».

LE CONTROLE DE CONVENTIONNALITE EN FRANCE

Le contrôle de conventionnalité fait intervenir trois types de juridiction en France : le juge constitutionnel (le Conseil constitutionnel), le juge judiciaire et le juge administratif. Les analyses de ces trois juridictions sont sensiblement différentes.

C'est dans une décision du 15 janvier 1975 que le Conseil constitutionnel s'est pour la première fois prononcé sur le problème de la conformité des lois aux traités. Un recours contre la loi sur l'interruption volontaire de grossesse était en effet fondé sur la violation de l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'Homme (« Le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi »). Pour la plupart des commentateurs, le Conseil avait le pouvoir de contrôler la conformité de la loi aux traités : puisque l'article 55 reconnaît que « les traités...ont une autorité supérieure à celle des lois », toute loi qui méconnaît un traité viole donc les dispositions de l'article 55 ; or le Conseil constitutionnel est compétent pour sanctionner la violation de la constitution par la loi. Pourtant le Conseil répond par la négative ; son raisonnement est le suivant : l'article 55 pose le principe de la supériorité du traité sur la loi ; mais il ne prévoit pas que le respect de ce principe doit être assuré dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des lois prévu à l'article 61 de la constitution. En effet, il existe entre les deux contrôles (contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité) une différence de nature : la supériorité du traité sur la loi a un caractère « relatif et contingent », alors que la supériorité de la constitution sur la loi a un caractère « absolu et définitif » ; dès lors, les deux supériorités se situent sur des plans différents. Conséquence : il n'appartient pas au Conseil constitutionnel saisi en application de l'article 61 d'examiner la conformité d'une loi au texte d'un accord international.

« Relatif et contingent » : l'application d'une loi contraire à un traité n'est que suspendue ; la loi peut s'appliquer à nouveau si le traité cesse d'être appliqué (par exemple, du fait du non respect de l'obligation de réciprocité). De plus, une loi peut être inapplicable parce que contraire à un traité dans une situation donnée, mais applicable dans une autre

situation qui n'est pas régie par le traité. Les dispositions de la loi sont donc écartées mais ne sont pas annulées ; leurs effets sont simplement suspendus.

« Absolu et définitif » : la loi déclarée inconstitutionnelle l'est à titre définitif et ses dispositions n'auront jamais force juridique.

La mise en œuvre en 2010 de la question prioritaire de constitutionnalité aurait pu conduire le Conseil à modifier cette attitude (puisqu'il se trouve placé, en cas de QPC, dans la situation du juge ordinaire examinant la validité d'une loi *a posteriori*) ; il a pourtant répondu par la négative (12 mai 2010, *Jeux en ligne*), en précisant qu'il ne lui appartient pas, qu'il soit saisi en application de l'article 61 ou de l'article 61-1, d'examiner la compatibilité d'une loi avec les engagements internationaux.

Conséquence de ces décisions : il appartient aux juridictions administratives et judiciaires de donner effet à cette supériorité et d'appliquer l'article 55, y compris au détriment de la loi.

La Cour de cassation s'est ralliée à cette position dans sa décision *Administration des douanes c/ Société des cafés Jacques Vabre* du 24 mai 1975. Elle fait prévaloir les dispositions du traité de Rome sur une loi nationale postérieure.

Le conseil d'État, au contraire, a continué à considérer que loi et traité sont à égalité ; il n'a pas écarté l'application d'une loi postérieure à un traité et qui lui serait contraire, estimant qu'il incombe au parlement d'assurer la supériorité des traités et qu'il ne pouvait juger l'acte du législateur. Il faut attendre l'arrêt *Nicolo* (20 octobre 1989) pour que le Conseil d'État admette, *a contrario*, qu'il pourrait écarter une loi contraire au traité de Rome. Il accepte désormais la primauté des traités sur les lois postérieures ; il a d'ailleurs étendu sa jurisprudence aux règlements communautaires et aux directives.

L'APPLICATION DE LA COUTUME

En ce qui concerne la coutume, la pratique est très différente de celle qui s'est imposée pour les traités ; il n'existe en effet pas de contrôle comparable au contrôle de conventionnalité.

Les raisons de cette pratique tiennent d'une part à la nature de la coutume (qui paraît destinée essentiellement aux relations interétatiques, donc étrangère aux particuliers) et à l'ambiguïté des références constitutionnelles (surtout dans les pays de droit écrit, comme les pays relevant du système romano germanique).

La Cour de cassation a rarement accepté d'appliquer une norme coutumière (C. Cass. crim, 13 mars 2001, *Procureur général de la Cour d'appel de Paris c/ association SOS Attentats*) ; elle a récemment déclaré que « la coutume internationale ne saurait pallier l'absence de texte incriminant les faits dénoncés par la partie civile » (C. Cass. crim, 17 juin 2003).

Le Conseil d'État a longtemps évité les références directes et utilisé les principes généraux du droit pour introduire une coutume quand cela lui paraissait nécessaire. Depuis la décision *Aquarone* (conseil d'État, 6 juin

1997), il accepte de mentionner la coutume, mais sa place dans la hiérarchie des normes n'est pas précisée.

L'APPLICATION DES ACTES DES OIG

Les actes des organisations intergouvernementales ne sont pas mentionnés par l'article 55 qui s'en tient au traité. Pourtant certaines OIG disposent de compétences en la matière ; l'OMS, l'OACI, mais aussi l'ONU prennent des actes de réglementation qui s'imposent aux Etats. Le Conseil d'État préfère déclinier sa compétence pour connaître des mesures d'exécution de ces actes : à propos de la résolution 687 du Conseil de sécurité des Nations unies, il applique la théorie des actes de gouvernement (conseil d'État, 12 mars 1999, *Société Héli-Union*).

LA PLACE DES NORMES INTERNATIONALES EN DROIT INTERNE

Les normes internationales occupent clairement une place supérieure à celles des actes de l'exécutif : les actes administratifs sont susceptibles de recours contentieux s'ils sont contraires aux règles internationales.

Les normes internationales sont également supérieures à la loi. Mais cette primauté ne conduit pas à abroger une loi contraire un traité : en cas d'incompatibilité, le traité s'applique en priorité, mais la loi subsiste et retrouve toute sa force si le traité disparaît ou n'est plus appliqué par la France.

Par rapport à la constitution, la situation des normes internationales est moins claire.

Concernant les conventions internationales, le principe posé par le Conseil constitutionnel en 1975 est que les traités ne font partie du bloc de constitutionnalité ; ils ne sont pas inférieurs à la constitution, mais ils ne lui sont pas supérieurs non plus. Cependant, dans une décision de principe du 10 juin 2004 – *Economie numérique* – prise dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des lois, le Conseil reconnaît la primauté de la constitution française sur le droit communautaire ; il le confirme dans le cadre du contrôle de non contrariété à la constitution d'un engagement international, le 19 novembre 2004 : *Traité établissant une constitution pour l'Europe*

. Le Conseil d'État est très explicite : dans sa décision *Sarran* (30 octobre 1998), il affirme que « la suprématie conférée par l'article 55 aux engagements internationaux ne s'applique pas dans l'ordre interne aux dispositions de nature constitutionnelle ». La Cour de cassation partage cette analyse (2 juin 2000, *Pauline Fraisse*) : « l'article 55 de s'applique pas, dans l'ordre interne, aux dispositions de nature constitutionnelle ». Les juridictions françaises adoptent donc une position clairement dualiste dans les rapports entre les normes internationales et la constitution. Concernant la coutume, faute de précision dans les textes et la jurisprudence, sa valeur apparaît comparable à celle du traité : inférieure à la constitution ; supérieure à la loi.

8

Les normes communautaires européennes

L'expression « normes communautaires » désigne les règles édictées dans le cadre de la Communauté européenne et de l'Union européenne à 27. Il convient d'abord de définir le contenu de l'ordre juridique communautaire (1).

Cet ordre juridique communautaire prime sur les ordres juridiques nationaux et s'applique directement (2).

Mais cette application suppose l'intervention des autorités nationales (3).

LE CONTENU DE L'ORDRE JURIDIQUE COMMUNAUTAIRE

On peut parler d'un ordre juridique, puisque le droit communautaire est un ensemble organisé de normes qui tirent leur validité les unes des autres. L'ordre juridique communautaire est constitué du droit primaire (les traités), des principes généraux du droit (issus de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne) et du droit dérivé (les actes des institutions communautaires).

Les traités (droit primaire)

Il s'agit d'un ensemble complexe puisque les traités se sont surajoutés les uns aux autres, au fur et à mesure de leur adoption, sans que l'ensemble soit véritablement harmonisé.

- Deux traités originaires : la Communauté économique européenne et la Communauté européenne de l'énergie atomique (Euratom) signés à Rome le 25 mars 1957.

- Deux traités (22 avril 1970 et 22 juillet 1975) modifient la procédure budgétaire.
 - L'Acte unique européen (17 et 28 février 1986) modifie les traités originaires sur deux points essentiels : la réalisation du marché intérieur, l'élargissement des compétences communautaires.
 - Le traité de Maastricht (7 février 1992) réunit les communautés, la politique étrangère et de sécurité commune (PESC), la coopération dans les domaines de la justice et des affaires intérieures (JAI) pour former l'Union européenne.
 - Le traité d'Amsterdam (2 octobre 1997) élargit les compétences de la Communauté et modifie les procédures de vote au Conseil.
 - Le traité de Nice (26 février 2001) concerne essentiellement le fonctionnement des institutions (Commission, Conseil, parlement).
 - Le traité de Lisbonne, entré en vigueur en 2009, reprend l'essentiel des éléments contenus dans le projet de « constitution européenne ».
- Cette multiplicité des textes et la complication qui s'ensuit ont souvent conduit à réclamer une simplification qui passerait par une fusion des traités dans un document unique. C'est partiellement le cas du traité de Lisbonne qui intègre les dispositions constitutionnelles et la charte des droits fondamentaux (mais continue de renvoyer aux traités antérieurs). Ces traités se caractérisent par leur primauté sur le reste du droit communautaire. La primauté n'est pas explicitement prévue dans le traité, mais elle découle de l'article 230 TCE qui donne à la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) le pouvoir d'annuler les actes des institutions pour « violation du traité ou de toute règle de droit relative à son application ». Cette primauté joue également à l'égard des accords internationaux conclus par la Communauté.
- Conséquence de cette primauté, la révision des traités fait l'objet d'une procédure spécifique prévue dans l'article 48 du traité sur l'union européenne (TUE) : l'initiative appartient à la Commission et à tout État membre ; la décision d'ouvrir la procédure est prise par le Conseil après consultation du parlement et de la Commission, à la majorité simple ; ensuite la révision fait l'objet de négociations intergouvernementales, puis d'une ratification par tous les États membres. Une procédure simplifiée est prévue dans le traité CE : le Conseil peut y procéder, à l'unanimité.

Les principes généraux du droit (jurisprudence)

Le traité CE ne fait aucune référence aux principes généraux du droit ; ces derniers découlent de la jurisprudence de la Cour de justice. Cette dernière se justifie en faisant référence à l'article 220 qui lui confie la charge d'assurer le respect du droit et article 6 TUE qui indique que l'Union est fondée sur le respect de l'État de droit.

Les principes généraux du droit sont dégagés par le juge à partir des principes communs aux États membres, ou de principes reconnus dans un État mais qui ne connaissent pas d'opposition dans les autres États : la Cour de justice est donc très libre dans ses choix.

Les principes généraux du droit sont nombreux et très divers ; ils ont permis à la Cour de justice de combler les nombreuses lacunes des traités sur des questions essentielles : la protection des droits fondamentaux, la procédure administrative, le régime des actes juridiques... Ils peuvent être classés en trois grandes catégories.

- Les droits fondamentaux : la charte des droits fondamentaux a été intégrée par le traité de Lisbonne ; mais jusqu'en 2009, c'est la jurisprudence de la Cour de justice qui a permis de consacrer notamment la protection de la vie privée, la liberté d'expression, le droit de propriété, le droit à un recours effectif, l'égalité et la non-discrimination...

- Le principe de sécurité juridique : la jurisprudence est abondante sur ce point. La Cour impose que toute personne connaisse les règles qui lui sont applicables et puisse fonder ses actions sur celles-ci ; la législation communautaire doit donc être claire et prévisible. La Cour en déduit une série de règles protectrices des particuliers concernant la publicité des actes, le retrait des actes, le respect des droits acquis... Elle impose également que toute personne soit protégée contre une modification sans préavis de la législation communautaire.

- Les limitations au pouvoir discrétionnaire : la Cour contrôle les limites imposées par la législation en fonction du but poursuivi ; elle utilise pour ce faire le principe de proportionnalité : les moyens mis en oeuvre doivent être adaptés à l'objectif visé et ne doivent pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre.

Le droit dérivé

L'expression recouvre plusieurs catégories d'actes prévus dans les traités ; l'article 249 TCE en donne l'énumération : règlement, directive, décision, recommandation et avis.

Mais dans la pratique, d'autres actes sont utilisés.

Les actes énumérés dans l'article 249 TCE

Le règlement : il a une portée générale c'est-à-dire qu'il s'applique de façon abstraite à toutes les personnes entrant dans son champ d'application.

Il est obligatoire dans tous ses éléments, c'est-à-dire qu'il s'impose dans son intégralité aux institutions communautaires, aux Etats et aux individus.

Enfin il est directement applicable dans tout État membre, en ce sens qu'il ne fait l'objet d'aucune mesure de transposition et crée dès son entrée en vigueur des droits et obligations pour les Etats, mais aussi les particuliers.

La directive : elle est obligatoire, comme le règlement. Mais son contenu est celui d'une « loi-cadre », c'est-à-dire qu'elle fixe un objectif et les Etats destinataires choisissent les mesures pour l'atteindre (c'est l'application du principe de subsidiarité). Bien entendu, les Etats ont une latitude plus ou moins grande selon la précision de la directive ; mais la transposition doit donner à la directive son plein effet utile.

Le délai de transposition de la directive est prévu dans le texte ; s'il n'est pas respecté, l'État manque à ses obligations en et peut faire l'objet d'une procédure en manquement devant la Commission et la Cour de justice.

La décision : c'est un acte individuel qui produit des effets sur son ou ses destinataires : États membres ou particuliers. La décision est directement applicable pour les destinataires.

Recommandations et avis : ces textes invitent (pas d'obligation) leurs destinataires à adopter un comportement déterminé ; bien que non obligatoires, ces textes ne sont pas dénués d'effets juridiques : la Cour de justice estime que les juridictions nationales doivent les utiliser comme instrument d'interprétation des actes communautaires contraignants.

Les actes non mentionnés dans l'article 249 TCE

Certains actes sont utilisés par les institutions communautaires sans qu'ils soient mentionnés dans l'article 249 ; cette pratique est source d'incertitude.

La décision : il ne s'agit pas des décisions prévues dans l'article 249. Sont ainsi désignés des actes généraux, sans destinataires déterminés. Ce sont généralement des décisions d'ordre interne relatives à la procédure budgétaire communautaire, la création de comités... Mais ces « décisions » sont soumises au contrôle de la Cour de justice quand elles produisent des effets de droit.

L'accord inter institutionnel : passé entre la Commission, le Conseil et le parlement en matière budgétaire ou dans le domaine de la procédure législative, la valeur juridique de ces accords est discutée.

Les résolutions et conclusions : elles sont adoptées par le Conseil. Les conclusions sont adoptées à l'issue d'un débat au sein du Conseil ; les résolutions du Conseil contiennent un programme d'action dans un domaine particulier. Résolutions et conclusions n'ont pas d'effet juridique contraignant.

Les communications de la Commission : qu'il s'agisse de « livres blancs », « livres verts » ou « rapports », ces résolutions ne produisent pas d'effet juridique, sauf si la Commission indique expressément le contraire.

LES RAPPORTS ENTRE L'ORDRE JURIDIQUE COMMUNAUTAIRE ET LES ORDRES JURIDIQUES NATIONAUX

Les traités originaires n'apportent pas de réponse claire sur ce point ; c'est la Cour de justice qui a fait prévaloir l'exigence d'application uniforme du droit communautaire, ce qui suppose la primauté du droit communautaire et son effet direct dans l'ordre interne.

La primauté du droit communautaire

Le principe est énoncé dans le célèbre arrêt *Costa c/ Enel* rendu par la Cour de justice le 15 juillet 1964 : en présence d'un conflit entre le traité et une loi italienne postérieure, la Cour de justice affirme la primauté du

traité. Cette décision est remarquable par le raisonnement sur lequel s'appuie la cour et par les conséquences qu'elle en tire.

Reste à préciser par rapport à quelles normes s'affirme cette primauté du droit communautaire ? En d'autres termes, à quel niveau se situe le droit communautaire ?

- Par rapport à la constitution : le débat en France est largement politique, les adversaires de la construction communautaire mettant en avant le principe de souveraineté nationale. Sur le plan juridique, le conflit est a priori impossible puisque l'article 54 de la constitution fait intervenir le Conseil constitutionnel pour juger de la compatibilité entre les traités et la constitution : l'article 54 vaut aussi pour les traités communautaires. En cas d'incompatibilité, la ratification n'est possible qu'après révision de la constitution : ce fut le cas pour les traités de Maastricht et d'Amsterdam.

- Par rapport à la loi : la primauté du droit communautaire est clairement établie par le juge communautaire ; mais les juridictions françaises ont longtemps résisté à la mise en oeuvre du principe.

L'article 55 de la constitution paraît clair ; il énonce la primauté du traité sur la loi. Dans sa décision du 15 janvier 1975, le Conseil constitutionnel avait refusé d'examiner la question : selon lui, elle ne relève pas du contrôle de constitutionnalité ; il ouvrait ainsi la voie au juge ordinaire. La Cour de cassation a fait application de l'article 55 et fait prévaloir le traité sur une loi postérieure (24 mai 1975, *Administration des douanes c/ Société des cafés Jacques Vabre*). Le conseil d'État a résisté jusqu'en 1989 (*Nicolo*) ; il accepte désormais la primauté de traité sur les lois postérieures ; il a ensuite étendu sa jurisprudence aux règlements communautaires (conseil d'État, 24 septembre 1990, *Boisdet*) et aux directives (conseil d'État, 28 février 1992, *S. A. Rothmans International et S. A. Philip Morris*).

L'effet direct du droit communautaire

« Effet direct » signifie que le droit communautaire créé directement des droits et obligations pour les particuliers qui peuvent les invoquer directement devant le juge national.

L'effet direct existe en droit international, notamment en matière de droit humanitaire ou de droits de l'homme ; mais il reste exceptionnel, les traités ne produisant généralement d'effet qu'à l'égard des Etats. En droit communautaire, l'effet direct est un principe.

Une création jurisprudentielle

La seule mention de l'effet direct dans le traité CE se trouve dans l'article 249 et ne concerne que le règlement. Le principe a cependant été généralisé par la Cour de justice dans l'arrêt *Van Gend & Loos* du 5 février 1963. La jurisprudence est constante par la suite ; elle s'articule autour de trois propositions (résumées dans l'arrêt *Simmenthal* du 9 mars 1978) : les règles du droit communautaire déploient « la plénitude de leurs effets de manière uniforme dans les Etats membres » ; elles créent des droits et obligations pour les Etats, mais aussi les particuliers ; tout juge a pour

mission de protéger les droits conférés aux particuliers par le droit communautaire.

Les normes produisant effet direct

- C'est le cas des traités, en tout cas pour leurs dispositions qui ont un effet direct pour les particuliers : en matière de concurrence, de libre circulation des personnes et des marchandises, de non-discrimination...

- C'est le cas des règlements (article 249 TCE).

- C'est le cas également des directives : en principe, les directives ne produisent pas d'effet direct puisqu'elles sont adressées aux Etats membres et doivent faire l'objet d'une transposition en droit interne.

Pourtant, la Cour de justice pose le principe de l'effet direct des directives dans plusieurs arrêts au début des années 1970 (17 décembre 1970, *SACE* ; 4 décembre 1974, *Van Duyn*). En France, le Conseil d'État s'oppose à cette jurisprudence au motif que le traité ne le prévoit pas expressément ; dans l'arrêt *Cohn-Bendit* du 22 décembre 1978, le Conseil d'État exclut que les dispositions d'une directive soient invoquées à l'appui d'un recours contre un acte administratif individuel. Il est en revanche possible pour un particulier d'invoquer les objectifs fixés par une directive à l'appui d'un recours contre les mesures de transposition, ou un acte réglementaire incompatible avec ces objectifs.

LA MISE EN ŒUVRE DU DROIT COMMUNAUTAIRE PAR LES AUTORITES NATIONALES

La Communauté n'a ni les compétences ni les moyens de mettre en oeuvre le droit communautaire dans les Etats membres ; l'exécution matérielle du droit communautaire dépend donc des Etats. Mais cette exécution doit répondre à certains principes.

L'obligation de coopération loyale : l'article 10 TCE indique que « les Etats membres prennent toute mesure générale ou particulière propres à assurer l'exécution des obligations découlant du présent traité ou résultant des actes des institutions. Ils facilitent à celles-ci l'accomplissement de leur mission ».

Donc, non seulement les Etats ne doivent pas contrarier l'effet utile du droit communautaire, mais ils doivent prendre toutes les mesures nécessaires à son application.

Le principe de l'effectivité : il vise à empêcher qu'une disposition nationale ne rende impossible ou très difficile l'application du droit communautaire. Les Etats sont certes libres de déterminer les organes chargés de la mise en oeuvre du droit communautaire et les procédures pour cette mise en oeuvre ; mais leur liberté n'est pas absolue, car ils doivent respecter l'exigence de l'application uniforme du droit communautaire (afin d'éviter les discriminations qui pourraient résulter de procédures nationales différentes).

Le principe d'équivalence poursuit le même objectif. Les mêmes règles procédurales doivent être appliquées dans un Etat aux affaires internes et aux affaires communautaires : le principe est simple, mais son application difficile. La Cour de justice a développé une large jurisprudence dans ce domaine ; c'est pour elle le moyen d'indiquer aux juges nationaux les procédures adéquates et faciliter ainsi l'uniformité de l'application du droit communautaire.

9

Les normes européennes

La Convention européenne des droits de l'Homme

Créé en 1950, le Conseil de l'Europe regroupait à l'origine les démocraties de l'Europe de l'Ouest (libérales, pluralistes) ; à partir de 1990 et l'implosion du bloc de l'Est, l'organisation s'est rapidement élargie aux pays anciennement communistes, jusqu'à la Russie... Elle compte aujourd'hui 47 membres, c'est-à-dire la totalité des pays européens. Son action est fondée sur la Convention européenne de sauvegarde des droits

de l'Homme et des libertés fondamentales dont l'application est contrôlée par la Cour européenne des droits de l'Homme qui siège à Strasbourg. La Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales signée à Rome le 4 novembre 1950 est considérée aujourd'hui comme le modèle le plus perfectionné de garantie des droits de l'Homme sur le plan international ; elle offre aux individus le bénéfice d'un contrôle juridictionnel du respect de leurs droits. Entrée en vigueur en septembre 1953, complétée par six protocoles additionnels, la Convention européenne des droits de l'Homme énonce un certain nombre de libertés fondamentales et instaure un mécanisme de protection de ces libertés, destinée à protéger les intérêts des individus tout en ménageant les intérêts des Etats.

LES PRINCIPES DU CONTROLE

Les principes directeurs de la Convention

La Convention européenne des droits de l'Homme protège les droits fondamentaux des particuliers contre les empiétements des Etats contractants.

La non réciprocité : le régime juridique de la Convention européenne des droits de l'Homme se démarque du principe général du droit international ; étant donné qu'elle impose des obligations aux États à l'égard des individus, le principe de réciprocité ne joue pas (la jouissance par l'individu des droits énoncés ne peut être conditionnée par l'attitude des Etats à l'égard de la Convention).

L'applicabilité directe : la Convention confère aux individus des droits spécifiques. Ses dispositions n'ont pas besoin d'être introduites dans l'ordre interne. En pratique, la Convention est intégrée dans l'ordre juridique interne des pays européens, soit au niveau constitutionnel (Autriche), soit infra constitutionnel mais supra législatif (France, Espagne), soit législatif (Allemagne, Turquie). Ces dispositions sont suffisamment précises dans leur objet et dans leur forme pour être appliquées dans l'ordre interne sans mesures complémentaires d'exécution.

La garantie collective : selon la Convention, le respect des droits et des libertés fondamentales fait partie du « patrimoine commun » des Etats membres. Ce sont donc les Etats contractants qui ont l'obligation d'assumer collectivement et solidairement la sauvegarde des droits énoncés par la Convention ; leur garantie est confiée à la fois aux Etats et aux individus.

C'est ainsi que l'article 24 de la Convention autorise tout État contractant à saisir la Cour pour tout manquement à la Convention commis par un autre État partie. De même, tout État partie peut engager une procédure contre un autre Etat au bénéfice de ses propres ressortissants, mais aussi

au bénéfice des non nationaux. L'article 24 instaure donc une sorte d'action publique qui constitue la garantie collective.

L'article 25 de la Convention énonce un droit d'action individuelle, c'est-à-dire ouvert à tout individu titulaire de droits et obligations. Cet individu peut intenter un recours contentieux devant la Cour de Strasbourg

Les principes dégagés par la jurisprudence de la Cour

La jurisprudence de la Cour est importante ; elle permet d'ajuster, par les interprétations de la Cour, la Convention à l'évolution sociale et à celle des mentalités. La préoccupation dominante des juges est d'assurer au système de sauvegarde une véritable effectivité. En conséquence, la Cour insiste sur les obligations positives de l'État, les obligations des particuliers et l'effet utile de la Convention.

Les obligations positives de l'État : la Cour constate que la réalisation de nombreux droits énoncés dans la Convention fait peser sur les Etats « une obligation d'adopter des mesures positives » d'ordre économique et social ; c'est ainsi que le droit effectif à un procès équitable suppose un système d'assistance juridictionnelle gratuite ; le droit effectif à l'instruction nécessite le droit d'accès de tous aux établissements scolaires...

Les obligations des particuliers : la Convention européenne des droits de l'Homme régit les rapports entre États et particuliers ; la cour n'a donc à contrôler que le respect de leurs engagements par les Etats. Cependant, la cour s'est intéressée à l'application de la Convention aux rapports individuels : elle considère que les droits fondamentaux doivent être respectés aussi bien par les pouvoirs publics que par les particuliers dans leurs relations avec d'autres particuliers.

L'effet utile de la Convention : son souci d'effectivité conduit la Cour à donner aux dispositions de la Convention tout leur effet utile. C'est ainsi que les limitations aux droits imposés par un Etat font toujours l'objet d'une interprétation restrictive par la Cour ; elle s'assure de la proportionnalité de la mesure restrictive au but poursuivi. Cependant, la Cour est bien consciente du caractère subsidiaire des mécanismes de la Convention par rapport aux systèmes nationaux ; la Convention ne vise pas à supplanter le droit interne mais à le compléter ou en pallier les défaillances. Ceci conduit la Cour à refuser de statuer *in abstracto* : elle ne peut examiner que des cas concrets ; elle ne doit pas apprécier la conformité d'un texte de droit interne à la Convention, mais seulement la manière dont ce texte est appliqué à l'intéressé. La Cour refuse donc de s'ériger en législateur et d'édicter des normes générales pour les Etats

L'ORGANISATION DU CONTROLE

Le mécanisme repose sur un organe juridictionnel : la Cour européenne des droits de l'Homme, et un organe politique : le comité des ministres du Conseil de l'Europe. La Cour est une juridiction internationale indépendante composée de 47 juges (un nombre égal à celui des Etats parties) élus par le comité des ministres du Conseil de l'Europe pour un mandat de neuf ans non renouvelables. Le comité des ministres est l'organe intergouvernemental (un ministre par Etat membre) du Conseil de l'Europe.

La procédure se décompose en trois phases : examen de la recevabilité de la requête, tentative de conciliation, décision au fond. Cette procédure a subi de profondes modifications depuis le début des années 1990 ; l'augmentation du nombre des adhérents a entraîné une augmentation du nombre des affaires soumises à la Cour qui s'est trouvée débordée par son succès. La dernière de ces réformes est entrée en vigueur en juin 2010 (protocole 14) : désormais, la recevabilité d'une requête est examinée par un juge unique ; un comité de trois juges peut statuer au fond pour les affaires sur lesquelles la jurisprudence est bien établie (« jurisprudence répétitive ») qui représentent 70 % des arrêts rendus ; les chambres de sept juges se consacrent aux affaires complexes.

La recevabilité de la requête

La Cour contrôle la recevabilité des requêtes étatiques ou individuelles : la procédure est contradictoire, écrite et confidentielle.

La cour a précisé les conditions de recevabilité posées par la Convention : l'allégation de violations doit être relative à un droit protégé par la Convention ; elle doit viser un Etat partie à la Convention ; elle doit enfin concerner des faits relevant de la juridiction de l'Etat partie. D'autres conditions sont spécifiques aux requêtes individuelles, ou communes aux requêtes individuelles et étatiques.

Les conditions spécifiques aux requêtes individuelles

- Le requérant : toute personne physique, quelle que soit sa nationalité, son lieu de résidence, son état civil ;
 - toute O.N.G. : société commerciale, syndicat, parti, association ;
 - tout groupe de particuliers : association informelle, ou plusieurs personnes défendant le même intérêt.
- Le requérant doit être victime de violations des droits garantis et doit donc avoir un intérêt personnel à agir. Mais la Cour accepte la notion de victime indirecte, c'est-à-dire accepte la requête de toute personne ayant un lien étroit et personnel avec la victime directe.
- Non-cumul des recours : la requête ne doit pas être essentiellement la même qu'une requête déjà soumise à la Cour, ou une communication portée devant le comité des droits de l'Homme des Nations unies (pacte international sur les droits civils et politiques).
- La requête ne doit pas être abusive (c'est-à-dire poursuivre un but autre que celui de la Convention) ou manifestement mal fondée. Le protocole 14

entré en vigueur en juin 2010 ajoute une condition supplémentaire : la possibilité pour la Cour de déclarer irrecevable une requête lorsque le requérant n'a subi « aucun préjudice important » au regard du respect des droits de l'Homme.

Les conditions communes aux requêtes individuelles et étatiques

L'article 26 de la Convention indique que la requête doit être présentée dans un délai de six mois à compter de la décision interne définitive, et après épuisement des voies de recours interne.

La conciliation

Dans un premier temps la cour tente une mission de conciliation : il s'agit d'établir les faits et de rechercher un règlement amiable.

L'établissement des faits suppose un examen contradictoire de la requête avec les représentants des parties. Contradictoire, c'est-à-dire qui instaure une égalité entre les parties, surtout lorsqu'il s'agit d'une requête individuelle. La Cour dispose de larges pouvoirs : demande de renseignements, mémoires, audition des parties, expertises, enquêtes sur pièces et sur place...

Si l'objectif est d'obtenir un règlement amiable, la Cour ne peut homologuer n'importe quel arrangement : le règlement entre les parties doit être conforme à la Convention et respecter les droits de l'Homme.

En pratique, la conciliation est largement pratiquée ; elle est fortement encouragée par le protocole 14 dans les « affaires répétitives ». Les règlements amiables se bornent au cas d'espèce et accordent satisfaction au requérant (réduction d'une peine de prison, abrogation d'un arrêté d'expulsion ou d'extradition, indemnisation).

En cas d'échec d'une tentative de règlement amiable, la cour procède au règlement judiciaire.

Le règlement juridictionnel

La procédure est essentiellement orale, publique et contradictoire ; ainsi est assurée l'égalité entre l'individu et l'État.

La décision constate une violation : l'arrêt de la Cour est **déclaratoire**, car le contentieux des droits de l'Homme est un contentieux de la légalité et non de l'annulation. La Cour ne peut annuler une décision interne, mais elle déclare sa compatibilité ou son incompatibilité avec la Convention ; la déclaration d'incompatibilité n'entraîne pas l'invalidité de l'acte : il appartient aux autorités nationales de remédier à la violation constatée. L'arrêt de la cour est **obligatoire**, puisque l'article 53 de la Convention prévoit que « les hautes parties contractantes s'engagent à se conformer aux décisions de la Cour ». Mais ce caractère obligatoire ne vaut que pour les parties au litige et pour le seul cas tranché ; d'autre part, les arrêts laissent aux Etats le choix des moyens utilisés pour s'acquitter de leurs

obligations : l'État condamné à une obligation de résultat, mais le libre choix des moyens.

Enfin l'arrêt est **définitif**, c'est-à-dire insusceptible de contestation ou de modification.

La réparation : en cas de manquement de l'État, la cour peut accorder à la partie lésée une « satisfaction équitable ». Le contentieux de l'indemnité est donc pratiqué, même s'il n'est pas très adapté aux violations des droits de l'Homme.

L'exécution de l'arrêt : une mission de surveillance de l'exécution de l'arrêt est confiée au comité des ministres (article 54). En pratique les arrêts sont respectés et les législations internes sont mises aux normes de la Convention européenne dans un délai généralement raisonnable

L'INFLUENCE DE LA JURISPRUDENCE DE LA CEDH SUR L'ÉVOLUTION DU DROIT FRANÇAIS

Depuis 1981, date à laquelle le gouvernement français a accepté d'être traduit devant la Cour à la suite d'une requête individuelle, près d'un millier de requêtes contre la France ont été jugées recevables ; une centaine de décisions condamnent la France, ce qui la place en 2010 au quatrième rang des pays les plus condamnés par la Cour européenne des droits de l'Homme. Généralement, les décisions de la Cour ont été intégrées par les juges, tant judiciaire qu'administratif, et par le législateur.

Quelques illustrations :

Les écoutes téléphoniques : la France a été condamnée pour violation de l'article 8 de la Convention européenne (24 avril 1990, *Krüslin et Huvig*). Malgré l'évolution de la jurisprudence de la Cour de Cassation (C. Cass.crim. 15 mai 1990, *Bacha Baroudé*) et surtout l'adoption d'une loi réformant le droit des écoutes téléphoniques en juillet 1991, la France a été à nouveau condamnée (24 août 1998, *Lambert c/ France*) en raison de l'absence d'un contrôle efficace des abus dans ce domaine.

La procédure d'expulsion : depuis les années 1980, la France est régulièrement condamnée sur la base article 3 de la convention européenne (« nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants »). Dans ce domaine, le Conseil d'État a réagi en étendant son contrôle sur les arrêtés d'expulsion à la détermination du pays d'accueil de l'expulsé (6 novembre 1987, *Buayi*) ou en considération du droit au respect de la vie familiale (19 avril 1991, *Belgacem*).

Le droit des transsexuels de voir leur état civil modifié : la Cour européenne a condamné le 25 mars 1992 la France car la requérante était « placée dans une situation globale incompatible avec le respect dû à sa

vie privée » (référence à l'article 8 de la Convention sur le droit au respect de la vie privée) ; les autorités françaises refusaient en effet de corriger son prénom et la mention de son sexe sur le registre d'état civil et les pièces d'identité, ce qui l'empêchait de franchir une frontière ou d'effectuer une démarche sans révéler la discordance entre le sexe légal et le sexe apparent. Par une décision rendue en assemblée plénière, la Cour de Cassation a accepté le 11 décembre 1992 de recevoir désormais les requêtes des transsexuels demandant la modification leur état civil.

Les droits successoraux des enfants adultérins : la France a été condamnée le 1 février 2000 (*Mazurek*) pour violation de l'article 14 (non-discrimination) car le code civil français prévoyait un traitement différent pour les enfants légitimes et naturels. Une réforme du droit de la famille a été établie en 2001 des droits égaux pour les enfants, qu'ils soient légitimes ou naturels.

La procédure (civile et pénale) : le droit d'être confronté aux témoins à charge et à décharge et à les interroger ; l'accès au dossier sans avocat ont fait l'objet de modifications législatives et/ou jurisprudentielles.

La présence d'un avocat lors de la garde à vue : En matière de garde à vue, la cour européenne des droits de l'homme a rendu une série d'arrêts qui ne laissent place à aucune ambiguïté. L'arrêt *Salduz c/ Turquie*, du 27 novembre 2008, déclare contraire aux principes du procès juste et équitable, tel que défini par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, un jugement de condamnation qui se fonde sur les déclarations faites par une personne en garde à vue sans l'assistance d'un avocat. L'arrêt *Dayanan c/ Turquie* du 13 octobre 2009 précise en quoi consiste l'assistance d'un avocat : préparation de l'intéressée aux auditions, prise de connaissance du dossier, assistance aux interrogatoires, soutien à la personne en garde à vue et contrôle des conditions de sa détention. Plus récemment, l'arrêt *Adamkiewicz c/ Pologne*, rendu le 2 mars 2010, a rappelé ces principes en ajoutant le droit de garder le silence dont l'intéressé doit être informé.

La question de la garde à vue est particulièrement sensible en France en raison de l'augmentation considérable des gardes à vue ces dernières années (près de 800 000 gardes à vue en 2009). Contrairement à la plupart des pays européens dans lesquels le placement en garde à vue est subordonné à l'existence d'une infraction d'une certaine gravité, le code de procédure pénale français les autorise de façon très générale. Or, en cas de garde à vue, la présence d'un avocat est limitée aujourd'hui à 30 minutes au début de la garde à vue ; ce dernier ne peut ni prendre connaissance du dossier ni assister son client lors des interrogatoires (sauf en cas de prolongation de la mesure au-delà de 24 heures). Dans son projet de réforme du code de procédure, le ministère de la justice prévoit une audition libre par la police pendant quatre heures, sans avocat, qui peut être transformée en garde à vue (et dans ce cas l'avocat n'interviendrait qu'à la douzième heure de la garde à vue). Interrogé sur

l'effet des décisions de la Cour européenne, le porte-parole du ministère a affirmé que les arrêts concernant la Turquie et la Pologne ne s'appliquaient pas à la France, provoquant ainsi l'intervention publique du président de la Cour européenne, le français Jean-Paul Costa, qui a rappelé que si une condamnation de la Cour vise un pays particulier, en revanche les principes que chaque arrêt énonce s'appliquent à l'ensemble des 47 Etats membres du conseil de l'Europe qui ont souscrit à la Convention européenne. D'ailleurs, le 14 octobre 2010, la Cour européenne a condamné la France (arrêt *Brusco*) pour sa procédure de garde à vue.

Le Conseil constitutionnel, dans une décision du 30 juillet 2010 (*Daniel W. et autres*) relative à la garde à vue, a décidé que les principaux articles du code de procédure pénale régissant la garde à vue "sont contraires à la constitution". Il examinait alors les questions prioritaires de constitutionnalité, envoyées par la Cour de Cassation, de 36 requérants placés en garde à vue. Les membres du Conseil considèrent que la garde à vue ne permet plus de concilier « d'une part la prévention des atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions, et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties ». Le conseil ne remet pas en question le principe de la garde à vue qui « demeure une mesure de contrainte nécessaire à certaines opérations » ; il ne censure pas davantage les dispositions régissant les gardes à vue en matière de terrorisme et de criminalité organisée (qui permettent de détenir un suspect jusqu'à six jours) ; en revanche il estime qu'il faut équilibrer de façon importante la garde à vue en faveur des droits de la personne privée de liberté, notamment en notifiant à la personne intéressée le droit au silence (notification supprimée par la loi Sarkozy du 18 mars 2003) et en lui permettant de « bénéficier de l'assistance effective d'un avocat ». Il laisse un délai de onze mois au gouvernement et au parlement pour élaborer un nouveau régime de la garde à vue.

En revanche, plusieurs points font toujours l'objet de critiques de la part de la Cour européenne : la durée de la détention provisoire, qui est un problème majeur en France puisque plus de 10 % des requêtes introduites contre la France sont relatives à cette question ; les délais de jugement, ou plutôt la durée excessive de la procédure ; et enfin le rôle du parquet, les procureurs n'étant pas considérés par la Cour européenne comme des magistrats indépendants (arrêt *Medvedyev*, 29 mars 2010).

Bibliographie complémentaire

BERGER Vincent, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme*, Paris, Sirey

SUDRE Frédéric, *Droit européen et international des droits de l'Homme*, Paris, PUF

10

La loi

DEFINITION

Avant 1958

Depuis la Révolution de 1789, la loi est l'acte voté par le parlement ; sa définition repose donc sur un critère organique. Et comme le parlement est composé des représentants du peuple (ou de la nation), « la loi est l'expression de la volonté générale » (art. 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen).

En conséquence, la loi est une règle générale qui s'applique à tous ; elle est incontestable ; et enfin elle peut intervenir en tout domaine.

Le règlement ne fait qu'exécuter la loi.

Depuis 1958

La volonté des constituants de 1958 de rompre avec le « parlementarisme à la française » les conduit à donner une nouvelle définition de la loi et à rationaliser la procédure parlementaire.

La loi est toujours définie par son auteur : « la loi est votée par le parlement » (art. 34 de la constitution de 1958). Mais le critère organique se double d'un critère matériel : la loi ne peut intervenir que dans les domaines énumérés à l'article 34 de la constitution ; les autres matières relèvent du règlement (art. 37). Certes, le domaine de la loi est important ; mais désormais la loi devient l'exception dans l'édition des normes et le règlement devient le principe. C'est la « révolution » de 1958.

Une « révolution » qui doit être relativisée en raison de l'action du Conseil constitutionnel depuis 1958 :

La jurisprudence de ce dernier a en effet étendu le domaine de la loi en se référant à d'autres articles de la constitution que l'article 34 : notamment les articles 72 (libre administration des collectivités territoriales), 66 (l'autorité judiciaire, garante de la liberté individuelle), ou encore le préambule permettent de justifier l'intervention du législateur.

Par ailleurs, le Conseil sanctionne les « incompétences négatives » du législateur : il censure les lois qui ne sont pas suffisamment précises et renvoient trop à des règlements d'application. En revanche, lorsqu'une loi

comporte des dispositions réglementaires (avec l'accord du gouvernement), le Conseil ne s'y oppose pas.

Résultat : la distinction tranchée établie par la constitution de 1958 entre loi et règlement est en partie effacée.

Le résultat n'est pas toujours positif ; depuis deux décennies, l'inflation caractérise la production législative en France : la plupart des lois issues de projets gouvernementaux (plus de 90%) sont trop nombreuses, mal préparées et inapplicables. Cette inflation décrédibilise la loi, déstabilise les agents chargés de son exécution et conduit les parlementaires eux-mêmes à douter de l'utilité de leur travail. Or, il ne peut en être autrement lorsque le président et le gouvernement annoncent sans se préoccuper de la faisabilité de cette annonce, convaincus que dire c'est faire...

CATEGORIES

- Les lois ordinaires sont délibérées et adoptées par le parlement conformément à la procédure législative ordinaire.
- Les lois référendaires sont adoptées par le peuple selon la procédure de l'article 11.
- Les lois de finances (lois de finances de l'année, loi de finances rectificative, loi de règlement) suivent une procédure spécifique.
- Il en va de même des lois de financement de la sécurité sociale qui déterminent l'équilibre financier de la sécurité sociale.
- Les lois autorisant la ratification des engagements internationaux (art. 53).
- Les lois organiques précisent les modalités d'application de normes constitutionnelles ; leurs conditions d'adoption sont spécifiques.
- Les lois constitutionnelles modifient, remplacent, compètent, abrogent les règles constitutionnelles (procédure de l'art. 89).

ELABORATION DE LA LOI

La phase gouvernementale (pour un projet de loi)

L'élaboration est engagée à l'initiative d'un ministère « pilote » ; elle implique nécessairement les autres ministères intéressés et est placée sous la coordination du cabinet du premier ministre et du secrétariat général du gouvernement. Il s'agit dans un premier temps de s'assurer que le projet répond à une nécessité juridique et que le but qu'il poursuit ne peut être atteint par d'autres moyens que la loi. Il faut également faire ressortir les désaccords éventuels entre ministères sur la question. Outre les ministères concernés, sont systématiquement associés le ministère de la Justice pour les aspects juridiques et éventuellement juridictionnels, et le ministère des finances car tout projet comporte – directement ou indirectement – un impact financier.

Le texte établi est ensuite transmis au Conseil d'Etat qui donne son avis. Le gouvernement n'est pas lié par cet avis (même si l'avis du Conseil

d'Etat est le plus souvent suivi).

Le texte du projet est alors définitivement arrêté et il est inscrit à l'ordre du jour du Conseil des ministres.

La procédure législative (pour un projet ou une proposition de loi)

Commentaire de la constitution de 1958 :

Art. 39. - L'initiative des lois appartient concurremment au Premier Ministre et aux membres du Parlement.

Les projets de loi sont délibérés en Conseil des Ministres après avis du Conseil d'État et déposés sur le bureau de l'une des deux assemblées. Les projets de loi de finances et de loi de financement de la sécurité sociale sont soumis en premier lieu à l'Assemblée nationale. Sans préjudice du premier alinéa de l'article 44, les projets de loi ayant pour principal objet l'organisation des collectivités territoriales sont soumis en premier lieu au Sénat.

La présentation des projets de loi déposés devant l'Assemblée nationale ou le Sénat répond aux conditions fixées par une loi organique.

Les projets de loi ne peuvent être inscrits à l'ordre du jour si la Conférence des présidents de la première assemblée saisie constate que les règles fixées par la loi organique sont méconnues. En cas de désaccord entre la Conférence des présidents et le Gouvernement, le président de l'assemblée intéressée ou le Premier ministre peut saisir le Conseil constitutionnel qui statue dans un délai de huit jours.

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.

Art. 40. - Les propositions et amendements formulés par les membres du Parlement ne sont pas recevables lorsque leur adoption aurait pour conséquence soit une diminution des ressources publiques, soit la création ou l'aggravation d'une charge publique.

Art. 41. - S'il apparaît au cours de la procédure législative qu'une proposition ou un amendement n'est pas du domaine de la loi ou est contraire à une délégation accordée en vertu de l'article 38, le Gouvernement ou le président de l'assemblée saisie peut opposer l'irrecevabilité.

En cas de désaccord entre le Gouvernement et le Président de l'assemblée intéressée, le Conseil Constitutionnel, à la demande de l'un ou de l'autre, statue dans un délai de huit jours.

Art. 42. - La discussion des projets et des propositions de loi porte, en séance, sur le texte adopté par la commission saisie en application de l'article 43 ou, à défaut, sur le texte dont l'assemblée a été saisie.

Toutefois, la discussion en séance des projets de révision constitutionnelle, des projets de loi de finances et des projets de loi de financement de la sécurité sociale porte, en première lecture devant la première assemblée saisie, sur le texte présenté par le Gouvernement et, pour les autres lectures, sur le texte transmis par l'autre assemblée.

La discussion en séance, en première lecture, d'un projet ou d'une proposition de loi ne peut intervenir, devant la première assemblée saisie, qu'à l'expiration d'un délai de six semaines après son dépôt. Elle ne peut intervenir, devant la seconde assemblée saisie, qu'à l'expiration d'un délai de quatre semaines à compter de sa transmission.

L'alinéa précédent ne s'applique pas si la procédure accélérée a été engagée dans les conditions prévues à l'article 45. Il ne s'applique pas non plus aux projets de loi de finances, aux projets de loi de financement de la sécurité sociale et aux projets relatifs aux états de crise.

Art. 43. - Les projets et propositions de loi sont envoyés pour examen à l'une des commissions permanentes dont le nombre est limité à huit dans chaque assemblée.

À la demande du Gouvernement ou de l'assemblée qui en est saisie, les projets ou propositions de loi sont envoyés pour examen à une commission spécialement désignée à cet effet.

Art. 44. - Les membres du Parlement et le Gouvernement ont le droit d'amendement. Ce droit s'exerce en séance ou en commission selon les conditions fixées par les règlements des assemblées, dans le cadre déterminé par une loi organique.

Après l'ouverture du débat, le Gouvernement peut s'opposer à l'examen de tout amendement qui n'a pas été antérieurement soumis à la commission.

Si le Gouvernement le demande, l'assemblée saisie se prononce par un seul vote sur tout ou partie du texte en discussion en ne retenant que les amendements proposés ou acceptés par le Gouvernement.

Art. 45. - Tout projet ou proposition de loi est examiné successivement dans les deux assemblées du Parlement en vue de l'adoption d'un texte identique. Sans préjudice de l'application des articles 40 et 41, tout amendement est recevable en première lecture dès lors qu'il présente un lien, même indirect, avec le texte déposé ou transmis.

Lorsque, par suite d'un désaccord entre les deux assemblées, un projet ou une proposition de loi n'a pu être adopté après deux lectures par chaque assemblée ou, si le Gouvernement a décidé d'engager la procédure accélérée sans que les Conférences des présidents s'y soient conjointement opposées, après une seule lecture par chacune d'entre elles, le Premier ministre ou, pour une proposition de loi, les présidents des deux assemblées agissant conjointement, ont la faculté de provoquer la réunion d'une commission mixte paritaire chargée de proposer un texte sur les dispositions restant en discussion.

Le texte élaboré par la commission mixte peut être soumis par le Gouvernement pour approbation aux deux assemblées. Aucun amendement n'est recevable sauf accord du Gouvernement.

Si la commission mixte ne parvient pas à l'adoption d'un texte commun ou si ce texte n'est pas adopté dans les conditions prévues à l'alinéa précédent, le Gouvernement peut, après une nouvelle lecture par l'Assemblée Nationale et par le Sénat, demander à l'Assemblée Nationale de statuer définitivement. En ce cas, l'Assemblée Nationale peut reprendre soit le texte élaboré par la commission mixte, soit le dernier texte voté par elle, modifié le cas échéant par un ou plusieurs des amendements adoptés par le Sénat.

Art. 46. - Les lois auxquelles la Constitution confère le caractère de lois organiques sont votées et modifiées dans les conditions suivantes.

Le projet ou la proposition ne peut, en première lecture, être soumis à la délibération et au vote des assemblées qu'à l'expiration des délais fixés au troisième alinéa de l'article 42. Toutefois, si la procédure accélérée a été engagée dans les conditions prévues à l'article 45, le projet ou la proposition ne peut être soumis à la délibération de la première assemblée saisie avant l'expiration d'un délai de quinze jours après son dépôt.

La procédure de l'article 45 est applicable. Toutefois, faute d'accord entre les deux assemblées, le texte ne peut être adopté par l'Assemblée Nationale en dernière lecture qu'à la majorité absolue de ses membres.

Les lois organiques relatives au Sénat doivent être votées dans les mêmes termes par les deux assemblées.

Les lois organiques ne peuvent être promulguées qu'après la déclaration par le Conseil Constitutionnel de leur conformité à la Constitution.

Art. 47. - Le Parlement vote les projets de loi de finances dans les conditions prévues par une loi organique.

Si l'Assemblée Nationale ne s'est pas prononcée en première lecture dans le délai de quarante jours après le dépôt d'un projet, le Gouvernement saisit le Sénat qui doit statuer dans un délai de quinze jours. Il est ensuite procédé dans les conditions prévues à l'article 45.

Si le Parlement ne s'est pas prononcé dans un délai de soixante-dix jours, les dispositions du projet peuvent être mises en vigueur par ordonnance.

Si la loi de finances fixant les ressources et les charges d'un exercice n'a pas été déposée en temps utile pour être promulguée avant le début de cet exercice, le Gouvernement demande d'urgence au Parlement l'autorisation de percevoir les impôts et ouvre par décret les crédits se rapportant aux services votés.

Les délais prévus au présent article sont suspendus lorsque le Parlement n'est pas en session.

Art. 47-1. - Le Parlement vote les projets de loi de financement de la sécurité sociale dans les conditions prévues par une loi organique. Si l'Assemblée nationale ne s'est pas prononcée en première lecture dans le délai de vingt jours après le dépôt d'un projet, le Gouvernement saisit le Sénat qui doit statuer dans un délai de quinze jours. Il est ensuite procédé dans les conditions prévues à l'article 45. Si le Parlement ne s'est pas prononcé dans un délai de cinquante jours, les dispositions du projet peuvent être mises en oeuvre par ordonnance.

Les délais prévus au présent article sont suspendus lorsque le Parlement n'est pas en session et, pour chaque assemblée, au cours des semaines où elle a décidé de ne pas tenir séance, conformément au deuxième alinéa de l'article 28.

Art. 47-2.- La Cour des comptes assiste le Parlement dans le contrôle de l'action du Gouvernement. Elle assiste le Parlement et le Gouvernement dans le contrôle de l'exécution des lois de finances et de l'application des lois de financement de la sécurité sociale ainsi que dans l'évaluation des politiques publiques. Par ses rapports publics, elle contribue à l'information des citoyens.

Les comptes des administrations publiques sont réguliers et sincères. Ils donnent une image fidèle du résultat de leur gestion, de leur patrimoine et de leur situation financière.

Art. 48. - Sans préjudice de l'application des trois derniers alinéas de l'article 28, l'ordre du jour est fixé par chaque assemblée.

Deux semaines de séance sur quatre sont réservées par priorité, et dans l'ordre que le Gouvernement a fixé, à l'examen des textes et aux débats dont il demande l'inscription à l'ordre du jour.

En outre, l'examen des projets de loi de finances, des projets de loi de financement de la sécurité sociale et, sous réserve des dispositions de l'alinéa suivant, des textes transmis par l'autre assemblée depuis six semaines au moins, des projets relatifs aux états de crise et des demandes d'autorisation visées à l'article 35 est, à la demande du Gouvernement, inscrit à l'ordre du jour par priorité.

Une semaine de séance sur quatre est réservée par priorité et dans l'ordre fixé par chaque assemblée au contrôle de l'action du Gouvernement et à l'évaluation des politiques publiques.

Un jour de séance par mois est réservé à un ordre du jour arrêté par chaque assemblée à l'initiative des groupes d'opposition de l'assemblée intéressée ainsi qu'à celle des groupes minoritaires.

Une séance par semaine au moins, y compris pendant les sessions extraordinaires prévues à l'article 29, est réservée par priorité aux questions des membres du Parlement et aux réponses du Gouvernement.

11

Les règlements

Les règlements émanent du pouvoir exécutif ou des instances administratives qui sont placées sous son autorité.

Leur place dans la production normative est aujourd'hui importante : selon les chiffres du Conseil d'Etat, quelques 110.000 décrets sont en vigueur ; chaque année, depuis le début de la décennie 2000, une centaine de projets et propositions de loi sont adoptés et 1500 à 2000 décrets publiés.

Les règlements se caractérisent par leur unité du point de vue de leur nature, une pluralité de titulaires et la diversité de leurs formes.

DEFINITION

Le règlement est une décision unilatérale des autorités exécutives ou administratives présentant un caractère exécutoire et comportant des dispositions à portée générale et impersonnelle.

Alors que les lois nécessitent une promulgation par le Président de la République avant d'être publiées, les règlements font simplement l'objet d'une publication (au J. O. pour les règlements des autorités gouvernementales).

Les autorités investies du pouvoir réglementaire sont :

- le premier ministre, qui détient le pouvoir réglementaire de droit commun (art. 21) ;
- le Président de la République, qui signe les décrets délibérés en Conseil des ministres (art. 13) ;
- les ministres, qui ont un pouvoir réglementaire limité à l'objet spécifique du ministère qu'ils dirigent ;
- les préfets et les maires, organes déconcentrés de l'Etat, qui exercent le pouvoir réglementaire qui leur a été attribué par la loi ;
- les assemblées délibérantes des collectivités territoriales (régions, départements, communes), qui disposent d'un pouvoir réglementaire dans la limite de leurs compétences.

L'usage est d'utiliser le terme de « décret » pour une décision du premier ministre ou du Président de la République ; le terme d'« arrêté » pour l'acte pris par un ministre, un préfet ou l'exécutif d'une collectivité territoriale ; le terme de « délibération » pour la décision prise par l'assemblée d'une collectivité territoriale.

DOMAINE DU REGLEMENT

Depuis 1958, il est d'usage de distinguer les règlements d'application des lois (classiques) et les règlements dits « autonomes » parce qu'ils interviennent dans les matières autres que celles qui relèvent de la loi (art. 37). Cette distinction est cependant dangereuse et dépassée : dangereuse parce qu'elle pourrait laisser penser que les règlements « autonomes » ont une valeur différente de celle des règlements « classiques », alors que leur valeur juridique est identique ; dépassée car la jurisprudence du Conseil constitutionnel admet les empiètements du législateur sur le domaine réglementaire (lorsqu'une loi comporte des dispositions réglementaires) si le gouvernement ne s'y oppose pas. La protection du domaine réglementaire est confiée par la constitution au gouvernement et au Conseil constitutionnel : si le parlement tente de légiférer sur une matière non législative, le gouvernement peut opposer l'irrecevabilité (art. 41) ; en cas de désaccord, le Conseil constitutionnel est saisi.

Si la loi a été votée, l'art. 37.2 autorise le gouvernement à saisir le Conseil constitutionnel pour lui faire constater son caractère réglementaire (et dans ce cas, il est autorisé à la modifier par décret).

AUTORITE DU REGLEMENT

Les règlements ont force exécutoire : ils s'imposent aux autorités administratives chargées de les appliquer et aux citoyens qui en sont les destinataires.

A la différence de la loi, il existe une hiérarchie entre les règlements, reflet de la hiérarchie entre les autorités administratives : les actes des autorités inférieures doivent donc respecter ceux des autorités supérieures.

Les règlements peuvent faire l'objet de recours ouverts aux citoyens devant les juridictions administratives (recours pour excès de pouvoir) et judiciaires (exception d'illégalité, au cours d'un procès).

CATEGORIES DE REGLEMENTS

Les décrets

On distingue trois catégories de décrets : les décrets simples, les décrets en Conseil d'Etat et les décrets en conseil des ministres, étant précisé que ces derniers peuvent également être des décrets en Conseil d'Etat

Les décrets en conseil des ministres

Les décrets délibérés en conseil des ministres sont signés par le Président de la République (art. 13). Ils sont contresignés par le Premier ministre et, le cas échéant, par les ministres responsables. Les ministres responsables sont ceux auxquels « incombent, à titre principal, la préparation et l'application des actes » considérés (CE, 10 juin 1966, *Pelon et autres*). En d'autres termes, les ministres responsables sont ceux qui ont pris l'initiative d'élaborer le texte en cause, confié à leurs services la responsabilité principale de cette élaboration et soumis le texte au conseil des ministres, puis qui vont en assurer et en contrôler l'application.

Les décrets délibérés en conseil des ministres comportent, dans les visas, la mention : « *Le conseil des ministres entendu*, ».

Un décret doit être délibéré en conseil des ministres dès lors qu'un texte le prévoit. Ce texte peut être une disposition constitutionnelle, une loi organique ou ordinaire (même si, en principe, il n'appartient pas au législateur de prévoir qu'un décret sera délibéré en conseil des ministres), ou encore un décret : ainsi c'est un décret du 22 janvier 1959 qui dispose que les attributions des ministres sont fixées par décrets en Conseil des ministres.

En pratique, lorsque l'importance politique ou juridique du sujet le justifie, des décrets sont délibérés en conseil des ministres alors qu'aucun texte ne le prévoit.

Les décrets en Conseil d'État

Ce sont les décrets pour lesquels une disposition constitutionnelle, un texte législatif ou un texte réglementaire prévoient qu'ils sont soumis à l'avis du Conseil d'Etat. Il arrive aussi qu'en l'absence d'un texte le prévoyant, le gouvernement et le Conseil d'Etat s'accordent en raison de l'objet ou de l'importance d'un décret, pour l'élever au niveau du décret en Conseil d'Etat. Les décrets en Conseil d'Etat portent la mention « *Le Conseil d'Etat entendu*, ».

La méconnaissance de l'obligation de consulter le Conseil d'Etat, que cette obligation résulte d'un texte ou de la circonstance que le texte modifié a été

pris en Conseil d'Etat, entache le texte d'illégalité. Cette illégalité pourra être soulevée d'office par le juge.

Les décrets simples

Il s'agit du mode ordinaire d'exercice du pouvoir réglementaire.

Il est toujours possible, dès lors que le sujet traité le justifie, de soumettre un décret simple à l'examen du Conseil d'Etat. Pour les distinguer des décrets en Conseil d'Etat, ces décrets comportent la mention « *après avis du Conseil d'Etat*, » et non « *Le Conseil d'Etat entendu*, ». Les décrets pris « *après avis du Conseil d'Etat*, » peuvent être modifiés par décret simple.

Les décrets simples sont, en règle générale, des décrets du Premier ministre. Dans certains cas toutefois, il s'agit de décrets du Président de la République.

Les arrêtés

Les décisions des ministres, qu'elles soient individuelles ou réglementaires, prennent la forme d'arrêtés, qu'ils signent eux-mêmes ou qui sont signés par des fonctionnaires ou agents ayant reçu délégation.

Les ministres ne sont compétents pour prendre des mesures réglementaires qu'en vertu de textes, le plus souvent des décrets, leur ayant donné cette compétence explicitement et pour un objet clairement délimité. En effet, les ministres ne disposent pas, de manière générale, du pouvoir réglementaire dont le titulaire de droit commun est le premier ministre.

En ce qui concerne les décisions individuelles, il appartient aux ministres, dans la mesure où un texte leur délègue cette compétence, de procéder aux nominations dans les services placés sous leur autorité, à l'exception des nominations aux emplois de direction pourvus par décret en conseil des ministres (directeurs généraux et directeurs d'administration centrale ou fonctions équivalentes). Les nominations aux emplois de directeur adjoint, chef de service et sous-directeur sont soumises à une procédure particulière. Les ministres peuvent être également rendus compétents par un texte particulier pour procéder à des désignations ou nominations au sein d'organismes placés auprès d'eux ou sous leur contrôle.

Les délibérations

La constitution consacre le principe de libre administration par les collectivités territoriales de leurs ressources et de leurs compétences ; les lois intervenues pour fixer le statut de la commune, du département et de la région comportent toutes une disposition selon laquelle le conseil de la collectivité « règle par ses délibérations les affaires » de la collectivité en question (Code général des collectivités territoriales, art. L. 2121-29, L. 3211-1 et L. 4221-1).

Les délibérations des assemblées locales sont les actes adoptés à la majorité absolue des suffrages exprimés. Elles doivent être transmises au représentant de l'Etat (le préfet) pour un contrôle de légalité. Elles ne sont exécutoires qu'une fois transmises et après publication ; cette obligation peut avoir des conséquences radicales : il a par exemple été jugé que l'absence de

transmission au préfet de la délibération du conseil municipal autorisant le maire à signer un contrat entraîne l'illégalité de ce contrat sans que la transmission *a posteriori* de la délibération au préfet ne puisse régulariser la situation.

Aucun délai de transmission n'est prévu (sauf lorsqu'une loi particulière l'impose : par exemple, 15 jours pour les décisions individuelles (loi du 13 août 2004)).

ELABORATION DES REGLEMENTS : L'obligation de transparence

La loi du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration entre l'administration et le public et la loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec l'administration ont fait de la transparence de l'administration un objectif majeur : notamment dans l'élaboration des actes administratifs, donc des règlements. Ainsi, l'ordonnance du 6 juin 2005 relative à la liberté d'accès aux documents administratifs affirme le droit de toute personne à l'information et à l'accès aux documents administratifs (dossiers, rapports, études...). L'accès peut se faire par consultation gratuite sur place, par la délivrance d'une photocopie ou encore par messagerie électronique.

La préservation des droits de la défense

Pour certaines décisions, des formalités sont nécessaires ; elles sont destinées à garantir la prise en compte de l'ensemble des opinions et des intérêts avant l'adoption d'une décision : consultation pour avis préalable de certains organismes, concertation avec les partenaires intéressés, information préalable de certains acteurs, enquêtes préalables...

Les décisions individuelles défavorables doivent être motivées (loi du 11 juillet 1979), ainsi que les décisions dérogeant aux règles générales fixées par la loi et celles restreignant les libertés publiques.

Information et participation du public

Dans les domaines de l'urbanisme, de l'aménagement du territoire et de l'environnement, le principe est celui de la participation du public. Cette exigence se manifeste notamment par l'organisation du « débat public » (loi du 2 février 1995 ; loi du 27 février 2002 dite « démocratie de proximité »). Géré par une autorité administrative indépendante - la commission nationale du débat public -, le débat public permet l'échange des arguments contradictoires entre l'administration et les différents acteurs concernés (particuliers, associations) à l'occasion de réunions publiques.

12

Le contrôle de légalité

De même que le contrôle de constitutionnalité des lois permet de vérifier la conformité des lois à la constitution, et éventuellement de sanctionner leur non-conformité, le contrôle de légalité consiste à vérifier la conformité des règlements aux lois. Le contrôle de légalité est donc la conséquence du principe de légalité.

LE PRINCIPE DE LEGALITE

L'administration est soumise au droit : cette affirmation, aujourd'hui banale parce qu'évidente, est le résultat d'une longue évolution entamée sous l'Ancien régime et poursuivie dans le cadre de l'Etat de droit.

Le contenu du principe de légalité

Le principe consiste dans l'obligation pour l'administration d'agir dans le respect du droit.

L'obligation d'agir

La fonction administrative est une manifestation du pouvoir exécutif ; il en résulte deux conséquences :

D'abord, l'administration doit faire appliquer les lois en prenant toutes les mesures nécessaires : les règlements d'application des lois doivent être adoptés dans un délai raisonnable (6 mois) sous peine d'engager la responsabilité de l'Etat (Conseil d'Etat, 28 juillet 2000, *Ass. France Nature Environnement*). De plus, l'autorité compétente saisie d'une demande tendant à l'annulation d'un décret illégal doit y déférer (Conseil d'Etat, 3 février 1989, *Cie Alitalia*).

Ensuite, l'administration doit veiller à la bonne exécution des décisions de justice : soit en apportant les moyens de l'Etat aux particuliers au terme d'un procès entre personnes privées ; soit en prenant les dispositions pour se conformer à sa propre condamnation par le juge.

Plus généralement, l'administration a l'obligation d'agir pour assurer la continuité de l'Etat et le bon fonctionnement des services publics, ainsi que pour assurer l'ordre public.

Les limites du principe

La soumission de l'administration au droit laisse subsister une zone de liberté : cette dernière conserve en effet une certaine dose de pouvoir discrétionnaire.

Par ailleurs, l'exigence de respect du droit est modulée en fonction des circonstances : la théorie des circonstances exceptionnelles permet à l'administration d'enfreindre la loi ; mais sous le contrôle du juge.

Le pouvoir d'un agent administratif est qualifié de discrétionnaire quand la loi qui lui confie une compétence le laisse libre d'apprécier, en fonction des circonstances, comment il doit la mettre en œuvre (à l'inverse, la compétence d'un agent est dite « liée » quand la loi lui impose de décider dans un certain sens quand les conditions qu'elle énumère sont réunies). Le contrôle du juge est moins rigoureux lorsqu'il est en présence d'un pouvoir discrétionnaire que dans le cas d'une compétence liée. Car, dans le second cas (compétence liée), les particuliers ont droit à l'acte ; le juge doit donc censurer l'éventuelle inertie de l'administration ou son refus. Lorsqu'elle dispose d'une compétence discrétionnaire, l'administration apprécie, en opportunité, la prise de décision ; c'est seulement si elle utilise cette possibilité de manière déraisonnable que le juge peut intervenir.

Dans des situations de crise (guerre, troubles politiques, agitation sociale, cataclysme naturel), le respect de la légalité risque de paralyser l'administration en lui interdisant de prendre certaines mesures ou en les retardant ; mais, du point de vue de l'Etat de droit, il serait inadmissible de moduler les exigences du droit et les obligations de l'administration en fonction des circonstances...

La théorie des « circonstances exceptionnelles » élaborée par le Conseil d'Etat tente de concilier les deux points de vue : elle admet que des

circonstances exceptionnelles autorisent l'administration à enfreindre les lois auxquelles elle devrait se soumettre ; mais les actes pris dans ces circonstances doivent être soumis au droit.

Le Conseil d'Etat a veillé en effet à contrôler les atteintes portées à la légalité : il limite les pouvoirs exceptionnels à la période durant laquelle les événements se sont déroulés ; il s'assure que l'administration ne pouvait agir légalement ; il vérifie enfin l'adéquation entre la nature des actes litigieux et la particularité des circonstances invoquées.

LE RECOURS POUR EXCES DE POUVOIR

Le recours pour excès de pouvoir est la seule possibilité pour les particuliers d'obtenir l'annulation d'une décision exécutoire entachée d'illégalité. Dans la formule, « excès de pouvoir » signifie non-conformité au droit.

Définition

Le recours pour excès de pouvoir est un recours contentieux par lequel tout intéressé peut demander au juge administratif de reconnaître qu'une décision administrative est illégale et d'en prononcer l'annulation.

C'est un recours contentieux...

A la différence du recours administratif, le recours contentieux a pour fondement une violation du droit ; il est enfermé dans une procédure spécifique et des délais précis ; il aboutit à une décision juridictionnelle possédant l'autorité de la chose jugée et annulant l'acte de façon absolue et définitive.

ouvert à tout intéressé...

Le recours pour excès de pouvoir protège les administrés contre l'arbitraire de l'administration ; il est donc accessible au plus grand nombre. Il est cependant soumis à plusieurs conditions : une condition générale - la capacité d'ester en justice ; une condition spéciale - justifier d'un intérêt personnel.

L'expression « toute personne intéressée » désigne toute personne physique, mais aussi toute personne morale légalement constituée (association, syndicat, parti politique...).

devant le juge administratif...

Le recours est porté devant le tribunal administratif (et en appel devant la cour administrative d'appel). Exceptionnellement, il est porté directement devant le Conseil d'Etat : c'est notamment le cas des recours contre les décrets, les décisions concernant la carrière d'agents nommés par décret présidentiel, les actes réglementaires des ministres.

La procédure est très simple et le recours dispensé du ministère d'avocat.

contre une décision administrative...

Le recours pour excès de pouvoir est recevable uniquement contre les actes des autorités administratives (1) contenant une décision (2).

(1) Sont donc exclus les actes des autorités publiques non administratives (pouvoirs législatif ou judiciaire), ou encore les actes d'autorités étrangères.

(2) Sont exclus les contrats administratifs, ou encore les actes précédant ou suivant une décision.

Deux exceptions : les mesures d'ordre intérieur (décisions peu importantes prises dans le fonctionnement des services administratifs) car le juge estime leur importance réduite ; les actes de gouvernement (qui interviennent dans le domaine politique et concernent les rapports entre les pouvoirs publics) dont le juge administratif se refuse à connaître.

illégal.

Différentes formes d'illégalité peuvent être relevées par le juge : ce sont les cas d'annulation de l'acte, dénommées également « cas d'ouverture » du recours pour excès de pouvoir.

- Incompétence : l'auteur de la décision n'avait pas le pouvoir légal de la prendre. Car les agents publics n'ont de pouvoir que sur la base des textes qui fixent leurs attributions ; ils ne peuvent aller au-delà.

- Vice de forme : tout acte administratif doit être pris en respectant une procédure déterminée et selon certaines formes. Le vice de forme résulte d'une méconnaissance de la procédure et des formes : l'illégalité peut paraître, dans ce cas, vénielle ; mais il ne faut pas oublier que les règles de procédure apportent des garanties aux particuliers.

- Détournement de pouvoir : le détournement de pouvoir consiste pour l'administration à poursuivre un but différent de celui que la loi lui attribue, détournant ainsi de sa fin légale le pouvoir qui lui est confié. Dans ce cas, le juge contrôle donc la légalité interne de l'acte : les intentions de son auteur. La principale difficulté pour le juge sera donc d'apporter la preuve (puisqu'il s'agit d'un élément psychologique).

- Violation de la loi : ce cas d'ouverture sanctionne la violation de toutes les règles qui s'imposaient à l'auteur de l'acte, qu'elles concernent le contenu ou les motifs de droit ou de fait.

Erreur de droit : c'est le contrôle le plus délicat à effectuer par le juge. Il consiste à vérifier que les faits invoqués par l'auteur de l'acte administratif sont bien de nature à fonder juridiquement sa décision. En d'autres termes, il faut que l'autorité administrative compétente ait bien apprécié les faits et leur ait donné une correcte qualification juridique : le juge examine que ces faits "sont de nature à justifier" l'acte pris.

Erreur de fait : l'administration n'étant habilitée à agir que lorsque certaines situations de fait existent, le juge apprécie la situation, les faits. Ce contrôle consiste donc pour le juge administratif à vérifier que les faits avancés par l'administration pour motiver sa décision existent réellement : c'est pourquoi on qualifie également ce contrôle de contrôle de matérialité des faits. Si le fait sur lequel l'acte déclare se fonder ne s'est pas produit, n'a jamais existé, alors l'acte administratif perd sa justification en l'absence de motif réel et doit être annulé

La question est délicate lorsque l'autorité administrative n'est pas liée par les textes : elle bénéficie alors d'un pouvoir discrétionnaire et prend ses décisions au regard de considérations d'opportunité. Le juge peut-il contrôler ces motifs, ce qui reviendrait pour le juge à substituer son appréciation à celle de l'administration et à incorporer des éléments d'opportunité dans son contrôle ? Longtemps négative, la réponse est désormais variable. Le plus souvent, les juridictions administratives pratiquent un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation : c'est un contrôle restreint (aussi appelé contrôle minimum) puisque le juge renonce à contrôler la proportionnalité de la décision administrative aux circonstances, mais vérifie seulement que la décision n'est pas manifestement disproportionnée. Enfin lorsque l'acte de l'administration porte atteinte à une liberté ou au droit de propriété, le juge n'hésite pas à pratiquer un contrôle plus approfondi qui constitue un véritable contrôle de la proportionnalité de la mesure prise par l'administration.

Procédure

Les formalités sont très simples : une requête rédigée en français, la copie certifiée conforme de la décision attaquée, la précision des moyens. Concernant le délai, le texte actuellement en vigueur est un décret de 1965, qui vise à réduire le temps d'incertitude sur les actes administratifs tout en laissant un délai suffisant aux administrés. Il est de deux mois, à compter de la publication des actes réglementaires ou de la notification des décisions individuelles ; c'est en pratique à l'administration de faire la preuve du jour de la divulgation si elle veut invoquer la forclusion. Le délai peut être prorogé quand le requérant mal informé a porté son recours devant une juridiction incompétente ou quand le demandeur a - préalablement à un recours contentieux - intenté un recours administratif. Le décret du 28 novembre 1983 impose à l'administration de délivrer un accusé de réception et à toute autorité de l'Etat ou d'un établissement public administratif de transférer la demande à l'autorité compétente, si elle ne l'est pas elle-même. Le silence de l'autorité compétente correspond à une décision de rejet au bout de quatre mois.

Bibliographie complémentaire

AUTIN Jean Louis et RIBOT Catherine, *Droit administratif général*, Paris, Litec

Conclusion :

LE DROIT « SOUPLE » (*SOFT LAW*)

Il est évident qu'aujourd'hui, en France comme dans les pays comparables, le législateur ne peut plus revendiquer le monopole de la production normative : sur le plan international, il doit compter avec les organes politiques et les juridictions qui produisent du droit ; même sur le plan interne, il est désormais concurrencé par d'autres instances. Ainsi, la vision traditionnelle du droit- légicentriste (centré sur la loi) et moniste (édicte par l'État) – fait place aujourd'hui à un « pluralisme normatif », c'est-à-dire un foisonnement de textes à vocation régulatrice qui ne sont pas le fruit de l'autorité législative nationale.

Par-delà la diversité de leurs formes et de leurs origines, ces règles ont en commun de ne pas chercher à contraindre ou à sanctionner, mais visent à conseiller et à proposer. Elles forment donc un « droit souple » (*soft law*), c'est-à-dire à la fois flou (peu précis), doux (non impératif) et mou (non sanctionné). Ce dernier caractère- l'absence de contrainte - est pourtant antinomique avec la notion de règle de droit.

Les formes de ces nouvelles règles sont variées.

Présentes dans toutes les branches du droit, ces normes nouvelles s'inscrivent dans des codes de déontologie, prennent la forme de normes techniques ou se traduisent par des guides de bonnes pratiques : il s'agit d'inciter à un certain comportement jugé opportun afin d'atteindre un objectif précis. Ces règles de bonnes pratiques prolifèrent dans presque tous les secteurs de la vie économique et sociale : secteur médical (recommandations de bonnes pratiques des caisses régionales d'assurance-maladie, des unions régionales de médecins libéraux, de l'Agence française de sécurité sanitaire...), monde de la bourse et de la finance, assurances, droit social, environnement (bonnes pratiques édictées par chacune des régions, l'Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie, la Commission européenne...), éducation... Parfois, elles ont la forme de recommandations aux fins d'améliorer les pratiques de leurs destinataires ; ces recommandations, malgré leur intitulé, n'en sont pas moins contraignantes pour les individus auxquels elles s'imposent : « recommandations » d'autorités de régulation, « directives » administratives, « lignes directrices »...

Quelquefois, c'est la loi elle-même qui encourage le développement de nouvelles sources. C'est le cas quand le législateur laisse aux destinataires de la norme le soin de l'élaborer, en se contentant de leur imposer la négociation pour y parvenir. Illustration intéressante en droit social, depuis la loi du 31 janvier 2007 dite de modernisation du dialogue social : cette loi, devenue supplétive, est utilisée comme moyen de pression pour inciter à la conclusion d'accords collectifs. Cet usage particulier de la loi n'est pas propre au droit social ; on pense en particulier au traitement de la question des « parachutes dorés » : face aux excès auxquels ces pratiques avaient donné lieu, et sous la pression du gouvernement, le Medef a présenté des recommandations relatives aux indemnités de départ, retraites-chapeau, stock-options et attribution d'actions gratuites. Par la suite, le gouvernement a demandé aux conseils d'administration des sociétés concernées d'adhérer formellement à ces recommandations dans un délai restreint, sous peine d'une intervention législative. Comme on le voit, dans ce cas, c'est la loi qui génère le droit négocié ; en incitant à la contractualisation, la loi assure la promotion de nouvelles sources du droit et le législateur devient alors régulateur.

Sur le plan international, les codifications, projets, guides législatifs internationaux ou régionaux d'origine doctrinale ou institutionnelle constituent une offre de droit pléthorique pour les Etats. Ici encore, malgré leur caractère indicatif ou incitatif, ces textes ne sont pas dépourvus d'incidence ou d'influence sur les règles de droit interne. Cette diversité multiplie d'ailleurs les risques de contradiction entre les diverses recommandations de bonnes pratiques sur le même sujet : par exemple, il est recommandé en France de pratiquer au maximum deux échographies de surveillance pour une grossesse normale ; aux États-Unis, la recommandation est d'une échographie ; au Royaume-Uni,

d'aucune. Chaque recommandation est pourtant établie sur des bases scientifiques identiques.

Les origines de ces nouvelles règles sont diverses.

L'expertise internationale

Certaines sont le fruit d'une expertise internationale : c'est le cas des guides législatifs qui sont produits par la Commission des Nations unies pour le droit du commerce international. Les groupes de travail de cette commission sont composés de représentants des délégations nationales nommés pour leur expertise dans le domaine concerné.

L'origine professionnelle

D'autres sont édictées par des organisations professionnelles ou syndicales ; il s'agit de règles élaborées par l'organe représentatif d'une catégorie d'individus, par exemple les ordres professionnels (barreaux, médecins, architectes, ...) ou les organismes professionnels d'une filière (BTP, agroalimentaire, intérim,...). Après validation, ils sont publiés au journal officiel.

Les autorités administratives indépendantes

Les recommandations ou règlements sont le fait d'autorités administratives indépendantes (Autorité des marchés financiers, Autorité de la concurrence, Commission de régulation de l'énergie, Conseil supérieur de l'audiovisuel). Bien que ne disposant pas d'un pouvoir normatif, ces autorités assument une mission de régulation qui leur impose l'établissement de normes de comportement ou de règles qui s'imposent à tous afin d'assurer le bon fonctionnement du secteur concerné.

La doctrine.

Les experts, universitaires ou chercheurs, sont à l'origine de nombreux textes ; bien que ne bénéficiant d'aucune délégation étatique, les règles qu'ils élaborent ne sont pas dépourvues d'incidence. La « doctrine » sert en effet de référence aux magistrats et aux législateurs. Parmi les codifications savantes d'origine privée, on peut citer les principes Unidroit, les principes du droit européen des contrats, ou encore les avant-projets de réforme du Code civil. Ces projets formalisent une proposition globale à l'adresse du législateur.

La place de ces règles dans l'ordre juridique est incertaine

L'articulation de ces règles avec les autres sources de droit pose en effet des problèmes. La hiérarchie classique des sources (constitution, conventions internationales, lois, règlements) ne permet pas de situer ces règles ; il semble cependant difficile de les exclure de l'ordonnement juridique.

La classification traditionnelle, qui prend traditionnellement l'image kelsenienne de la pyramide, permet de classer les différentes sources les unes à l'égard des autres en tenant compte de leur légitimité. Cette légitimité résulte généralement de l'origine de la norme considérée, c'est-

à-dire de son mode de création. L'auteur de la norme considérée, ainsi que le processus de création, assurent ainsi aux différentes règles leur rang dans l'ordre des sources du droit. Mais cette conception classique de la hiérarchie des normes semble devoir être remise en cause puisque les nouvelles règles ne peuvent pas véritablement s'intégrer dans la hiérarchie classique.

Les nouvelles règles ne peuvent en effet être assimilées à de véritables lois ; elles ne résultent pas d'un véritable processus législatif, même lorsqu'elles trouvent leur origine dans une délégation du législateur. Certaines proviennent de la pratique et peuvent constituer des formes d'usages ou de pratiques professionnelles informelles ; mais elles ne peuvent être assimilées à la coutume dont elles n'ont pas les caractères : la coutume implique en effet des comportements suffisamment répandus dans l'espace et anciens dans le temps ; or ces règles issues de la pratique ne sont ni anciennes (pour la plupart) ni universelles. D'autre part, bien que certaines de ces règles constituent des décisions ou des recommandations d'une autorité administrative, elles ne peuvent être assimilées à des règlements administratifs.

Elles ont cependant une influence réelle sur le droit et/ou sur les droits des individus. C'est pourquoi, même si son influence reste discutée, l'existence de ce « droit souple » est aujourd'hui reconnue. Reste cependant à s'interroger sur la valeur de ces normes, sur leur portée contraignante ou obligatoire, sur leur « force normative ». C'est cette valeur qui constitue en effet un des éléments permettant d'ordonner les sources du droit entre elles.

La valeur juridique de ces règles

Ces règles nouvelles répondent-elles aux critères de la norme ?

La notion de norme est généralement utilisée dans un sens étroit qui s'attache à la valeur ou la force de la règle considérée : est une norme la règle qui présente un caractère obligatoire. C'est ce sens étroit qui permet d'établir la hiérarchie des normes. Toutefois, dans un sens plus large, la notion de norme est employée comme « équivalent de règle de droit (proposition abstraite générale) qui évoque spécifiquement la valeur obligatoire attachée à une règle de conduite et qui offre l'avantage de viser d'une manière générale toutes les règles présentant ce caractère quels qu'en soient la source (loi, traité, voire règle de droit naturel) ou l'objet (règle de conflit, droit substantiel) » [Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2007]. La norme serait donc un énoncé qui dicte un comportement.

De ce point de vue, certaines des règles nouvelles peuvent être qualifiées de normes dans la mesure où leur caractère obligatoire est expressément sanctionné : c'est le cas des recommandations émises par les autorités administratives indépendantes (celles-ci disposent en effet d'un pouvoir de sanction qu'elles utilisent pour faire respecter leurs recommandations) ; c'est le cas également de certains codes de déontologie qui organisent de

manière contraignante le respect des règles qu'ils contiennent (c'est le cas du code de déontologie des architectes).

La valeur contraignante d'autres règles n'est pas certaine. Elles ont certes vocation à régir et encadrer des comportements sociaux, ou à guider l'autorité normative dans l'élaboration de la règle : c'est le cas des guides législatifs qui constituent un cadre international permettant d'encadrer certaines pratiques nationales de manière indicative ; ces guides influencent les législateurs nationaux à l'occasion de la réforme du domaine de droit concerné. Cette influence autorise à les qualifier de normes. Il en est de même des recommandations émises par l'Autorité des marchés financiers : leur valeur normative est faible, simplement « recommandatoire » ; mais leur portée normative est très forte car elles sont perçues comme obligatoires par leurs destinataires. Il n'existe certes pas de garantie juridictionnelle, mais les recommandations engendrent des conséquences pour leurs destinataires (et notamment un risque de refus d'autorisation par l'Autorité des marchés financiers elle-même) qui les incitent à s'y conformer.

On voit donc qu'une règle qui n'emprunte pas la voie traditionnelle de création, c'est-à-dire qui n'est pas nécessairement le fait d'une autorité politique légitime, peut cependant être pourvue d'une force normative. Mais il faut, au cas par cas, déterminer cette valeur normative.

Bibliographie complémentaire

Association Henri Capitant, *Le droit souple*, Paris, Dalloz, 2009