



Centre des Etudes Doctorales : Sciences juridiques et politiques

Laboratoire de Recherche : Droit, philosophie et société

Thèse pour l'obtention du Doctorat en Droit privé

Présentée par : Chaymae CHOUATI

Soutenue le : 19/03/2022

Dirigée par : Pr. Mohammed BOUZLAFA

Sous le thème :

La sécurité juridique en droit comparé : clarification du concept

Le jury de soutenance se compose de :

Pr. Mohammed BOUZLAFA	P.E.S - FSJES - FES	Président
Pr. Azelarabe LAHKIM BENNANI	P.E.S - FLDM - FES	Rapporteur
Pr. Mohammed ZRIOUEL	P.E.S - FSJES - MEKNES	Rapporteur
Pr. Salah-Eddine MAATOUK	P.E.S - FSJES - FES	Rapporteur
Pr. Jafar ALAOUI	Ex. PROFESSEUR-FSJES- FES	Suffragant

Année universitaire : 2021-2022

Résumé :

L'abondance, au sein des sociétés développées, s'est substituée aux carences. Dès lors qu'un certain niveau de culture et de richesse est atteint et une préoccupation élémentaire resurgit : la sécurité. La vocation première du droit est de rendre plus sûres les relations sociales. Il garantit l'ordre et assure la justice dans les rapports sociaux.

Ainsi, l'idée de sécurité juridique n'est jamais absente de l'univers du droit. Par ailleurs, la sécurité et l'insécurité juridiques représentent les deux faces d'une même réalité. Si l'une symbolise l'ordre et la cohérence, l'autre est facteur de désordre et d'instabilité. « Face au désordre du droit, le principe de sécurité juridique apparaît comme la dernière branche à laquelle s'accrochent les juridictions suprêmes pour maintenir un semblant d'ordre et permettre au droit de remplir la mission qui est normalement la sienne ». De ce fait, la réponse à la question du sens à donner au principe de sécurité juridique doit passer par l'analyse du contexte juridique dès sa consécration.

A ce propos, la sécurité juridique, en tant que principe de l'ordre juridique, est difficile à définir. Une définition constructive de la notion, qui rend compte de la valeur propre du principe paraît impossible bien qu'il n'existe pas de définition officielle et exhaustive de la sécurité juridique, il est plus facile de la comprendre que de la définir. En effet, il ne s'agit pas d'un concept univoque et les auteurs qui utilisent cette notion ne se réfèrent pas toujours à des représentations convergentes relativement à son sens et à sa fonction. La pertinence de l'étude du concept de sécurité juridique réside notamment dans le fait qu'elle est l'occasion pour les juristes de réfléchir sur le droit et sur la façon dont les institutions l'interprètent, l'appliquent et le créent.

De surcroît, l'analyse portant sur le principe de sécurité juridique confirme que bien qu'étant un principe complexe et ambigu, il n'en reste pas moins un principe « au sens » de qui se caractérise par une pluralité d'intérêts de sécurités juridiques inhérente au droit. Cette transmutation multidimensionnelle témoigne de sa réadaptation aux objectifs du droit, à savoir l'effectivité du droit et des droits.

Abstract :

Abundance, within developed societies, has replaced deficiencies. As soon as a certain level of culture and wealth is reached, an elementary concern resurfaces : security. The primary purpose of law is to make social relations more secure. It guarantees order and ensures justice in social relations. Thus, the idea of legal certainty is never absent from the legal world. Furthermore, legal certainty and legal uncertainty are two sides of the same coin. If one symbolizes order and coherence, the other is a factor of disorder and instability.

“Faced with the disorder of the law, the principle of legal certainty appears as the last branch to which the supreme courts cling to maintain a semblance of order and allow the law to fulfill the mission which is normally its own”. As a result, the answer to the question of the meaning to be given to the principle of legal certainty must go through the analysis of the legal context as soon as it is established.

Thus, legal certainty, as a principle of the legal order, is difficult to define. A constructive definition of the concept, which takes into account the specific value of the principle seems impossible although there is no official and exhaustive definition of legal certainty, it is easier to understand it than to define it. Indeed, it is not a univocal concept and the authors who use this notion do not always refer to converging representations with respect to its meaning and its function. The relevance of the study of the concept of legal certainty lies in particular in the fact that it is an opportunity for lawyers to reflect on the law and on the way in which institutions interpret, apply and create it.

In addition, the analysis relating to the principle of legal certainty confirms that although it is a complex and ambiguous principle, it is nonetheless a principle "in the sense of" which is characterized by a plurality of security interests. legal inherent in the law. This multidimensional transmutation testifies to its readjustment to the objectives of law, namely the effectiveness of law and rights.

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

AJDA	: Actualité Juridique du Droit Administratif
AFDA	: Allowance for Doubtful Accounts
al.	: Alinéa
APD	: Archives de philosophie du Droit
Art.	: Article
Ass.	: Assemblée
Avis	: Avis du Conseil d'Etat
Bull.	: Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation
CAA	: Cour administrative d'appel
Cass. Civ.	: Chambre civile de la Cour de Cassation
CE	: Conseil d'Etat
CEDH	: Cour européenne des droits de l'homme
CDE	: Cahiers de droit européen
CJCE	: Cour de justice des Communautés européennes
CJEG	: Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz- Revue juridique de l'économie publique
CJUE	: Cour de Justice de l'Union Européenne
Coll.	: Collection
Comm.	: Commentaire
Concl.	: Conclusions
Conv. EDH	: Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés
D.	: Dalloz
DA	: Droit administratif
Ed.	: Edition

EDCE	: Études et documents du Conseil d'Etat
GAJA	: Les grands arrêts de la jurisprudence administrative
Gaz. Pal.	: La gazette du Palais
LPA	: Les petites affiches
Mel.	: Mélanges
N°	: Numéro
Op. cit.	: Ouvrage cité
OCDE	: Organisation de coopération et de développement économique
RDP	: Revue de droit public
Rec.	: Leb. Recueil Lebon
RFDA	: Revue française de droit administratif
RIDC	: Revue internationale de droit comparé
RIEJ	: Revue interdisciplinaire d'études juridiques
RRJ	: Revue de la recherche juridique, droit prospectif

Sommaire

Introduction générale.....	2
Partie I : La mutation du principe de sécurité juridique	15
Titre I : La complexité conceptuelle du principe de sécurité juridique	17
Chapitre 1 : la sécurité juridique : Notion en débat	18
Section 1 : le triptyque classique de la notion : Accessibilité, Stabilité, Prévisibilité	18
Section 2 : la rétroactivité de la règle de droit.....	46
Chapitre II : La désignation ambiguë du principe de sécurité juridique	56
Section 1 : Une nature principielle incertaine	58
Section 2 : Un principe général Sui Generis	94
Titre II : la question de l'existence du principe de sécurité juridique	120
Chapitre I : L'inexistence du principe de sécurité juridique en droit positif européen	121
Section 1 : L'exclusion partielle du principe de sécurité juridique en droit européen conventionnel.....	122
Section 2 : L'exclusion totale du principe de sécurité juridique en droit français interne	129
Chapitre II : l'existence impossible du principe de sécurité juridique en théorie.....	153
Section 1 : La défaillance du critère matériel : preuve d'une dénomination usurpée .	156
Section 2 : La défaillance du critère substantiel : preuve d'une normativité incertaine ...	178
Partie II : La consécration du principe de sécurité juridique en droit marocain, piste du droit communautaire	195
Titre I : Le principe de sécurité juridique, une naturalisation de la confiance légitime	196
Chapitre I : Le principe de sécurité juridique ; stade ultime d'intégration de la confiance légitime en droit européen	197
Section 1 : Le principe de la protection de la confiance légitime	198
Section 2 : La résistance à l'infiltration du droit français par le principe de confiance légitime	227
Chapitre II : La sécurité juridique, une source de subjectivisation du droit	237

Section 1 : L’objectivité du droit administratif français, un postulat mis à mal par le principe de sécurité juridique.....	237
Section 2 : Les sous-principes de la sécurité juridique	256
Titre II : Le concept de sécurité juridique dans le discours juridique marocain	271
Chapitre I : Le SGG et l’enjeu de l’accessibilité	273
Section 1 : Le SGG : Coordination et finition du travail normatif.....	273
Section 2 : La promulgation et la publication de la loi ; l’enjeu de l’accessibilité	292
Chapitre II : l’inflation normative et la sécurité juridique	307
Section 1 : la menace de la sécurité juridique par l’inflation juridique.....	307
Section 2: la préservation de la sécurité juridique.....	320
Conclusion Générale	344

Introduction générale

L'abondance, au sein des sociétés développées, s'est substituée aux carences. Dès lors qu'un certain niveau de culture et de richesse est atteint, une préoccupation élémentaire resurgit : la sécurité. Ce mouvement correspond à un stade particulier de l'évolution de notre société et touche aussi bien l'ordre social, économique que politique. La sécurité alimentaire, la sécurité publique, la sécurité financière, le souci du « risque zéro », le principe de précaution, l'attachement au système de sécurité sociale et à la sécurité de l'emploi témoignent de cette préoccupation accrue¹.

La vocation première du droit est de rendre plus sûres les relations sociales. Il garantit l'ordre et assure la justice dans les rapports sociaux. Ainsi, l'idée de sécurité juridique n'est jamais absente de l'univers du droit. De manière plus péremptoire, il est possible même de dire qu'elle est consubstantielle au droit. Cette imbrication conceptuelle entre droit et sécurité juridique explique qu'elle soit longtemps restée à l'écart des notions juridiques énoncées comme telles. Dans cette logique, parler de la sécurité juridique peut paraître tautologique.

« Là où cette valeur essentielle qu'est la sécurité juridique a disparu, il n'y a plus aucune autre valeur qui puisse subsister ; le mot même de progrès devient une dérision, et les pires injustices se multiplient avec le désordre. Le droit cède la place (...) à de pures considérations d'opportunité. Le jurisconsulte n'a plus rien à dire : on entre dans un domaine, où il ne pourrait avancer, sans être saisi d'effroi ». C'est par ces mots quelque peu alarmants, mais repris avec enthousiasme par Ripert², que Roubier conclut sa Théorie générale du droit³. Ces deux auteurs ont entendu montrer avec force la place déterminante qui doit revenir à la préservation de la sécurité juridique.

Le droit n'a pas été épargné par cette quête de sécurité exacerbée par l'inflation législative et son cortège de dérivés (ex. les lois ineffectives, imprécises, inaccessibles, rétroactives...) ⁴. En effet, il est bien plus fréquent, de dénoncer l'insécurité juridique dont souffrent les sujets de droit que de s'attarder sur les mécanismes juridiques précisément destinés à assurer cette sécurité. Ainsi « le mot “sécurité” a ceci de paradoxal qu'il génère

¹ E.B.Merzouk : La sécurité juridique en droit positif, une valeur irréductible à la norme, éditions universitaires européennes, thèse pour le Doctorat en droit privé, Université Panthéon-Assas, Paris II, p. 28.

² Le déclin du droit, LGDJ, Paris 1949, n° 50, p.154.

³ Théorie générale du droit, Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales, Sirey, 2ème éd, 1951, n° 38, p.334.

⁴ Le déclin du droit, Op Cit, p.43.

plutôt l'inquiétude et la peur, le terme étant plus souvent associé au défaut qu'à l'excès... »⁵. Bien d'autres domaines que le droit sont du reste victimes d'un semblable phénomène : nous vivrions aujourd'hui dans un monde marqué au sceau inquiétant de la fin des certitudes⁶, qu'ils s'agissent de géopolitique, de morale, de philosophie... Le droit n'échapperait pas à ce mouvement général d'incertitude qui suscite aussi, par réaction, un engouement presque aussi généralisé pour le thème de la sécurité.

En ce qui concerne la notion de la sécurité juridique, il n'existe pas de définition officielle et exhaustive. Il est a priori plus facile de la comprendre que de la définir⁷. A partir de cela, on peut dire que la sécurité juridique doit être rangée parmi les « notions » qui, à l'instar de la justice, de l'équité, de l'intérêt général ou de l'ordre public, se prêtent à autant d'acceptation qu'il y a d'individus en mesure d'exposer leur approche sur la question. Il est néanmoins possible d'observer que la sécurité juridique a des origines transcendantes et qu'elle constitue une notion autonome malgré les concepts voisins auxquels elle paraît être assimilée. Ils y sont à tel point ancrés qu'ils expliquent son incapacité à constituer une norme juridique.

On commence tout d'abord par le mot sécurité, qui a pour origine le terme latin « securitas, securus » qui apparaît au XII^e siècle. Il fallut, cependant, attendre le XVII^e siècle pour qu'il entre réellement dans la langue française sous la forme de « sécurité ». Il n'est alors que le doublet du mot « sûreté ».

Le terme subit une première évolution et prend une signification plus abstraite et subjective au XIX^e siècle : il désigne l'état d'esprit de celui qui se trouve en sûreté⁸. Cette ambiguïté subsiste, aujourd'hui, car la sécurité traduit à la fois « confiance qui résulte de la croyance, bien ou mal fondée où l'on est, de ne pas avoir à craindre un danger », mais également les conditions matérielles, politiques, économiques et juridiques propres à créer un tel état d'esprit.

Ainsi, la signification de la sécurité juridique est différente d'un juriste à autre, pour le Doyen Roubier par exemple, il considère que la sécurité juridique constitue une valeur

⁵ C.Collard, « La sécurité juridique des sites web », LPA 28 juin 2002, n° 129, p.18.

⁶ V. Magazine littéraire n° 312, juillet-août 1993, dossier consacré à « la fin des certitudes. De Sénèque à Edgar Morin. Philosophie, sciences, littérature, politique, morale, économie ».

⁷ A.Cristau : l'exigence de sécurité juridique, D.2002, chron. p.2814.

⁸ P. Larousse, « Le criminel peut être en sûreté, jamais en sécurité, sa conscience le poursuit partout », cité in Grand dictionnaire universel du XIX^e siècle, t. XIV, Paris 1895, p.464.

essentielle du système juridique⁹, mais pour autant, il ne la définit pas par sa fonction. Pour Sauer, en revanche, « la sécurité juridique signifie ordre et stabilité dans la vie juridique de l'Etat de droit »¹⁰.

La sécurité juridique dans le discours juridique européen a d'abord été conçue ou présentée comme une valeur ou un objectif du droit et était principalement l'objet d'études en théorie et en philosophie du droit. Progressivement, le discours juridique européen a évolué vers une reconnaissance de son statut formel et est alors devenu aux yeux des auteurs, un principe, une norme juridique. Particulièrement, la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice de la Communauté européenne ont reconnu et appliqué dans leur jurisprudence un principe général de la sécurité juridique. La doctrine a, par la suite, fait écho à la jurisprudence et a affirmé qu'il y a eu, sous son impulsion, émergence et consécration d'un principe de sécurité juridique dans certains droits nationaux et en droit supranational européen. Mais certains auteurs vont plus loin en soutenant que la sécurité juridique est une norme universelle inhérente à l'État de droit et s'imposerait aux juges et législateurs.

La sécurité juridique, concept à contenu variable, se révèle être une norme polymorphe et adaptable qui fédère les exigences propres à chaque système juridique et dont l'autonomie est problématique. Au Maroc, les discours juridictionnel et doctrinal ont récemment introduit le concept de sécurité juridique, mais ne lui reconnaissent pas expressément un statut de norme juridique. L'exemple des juridictions européennes illustre le potentiel juridique du principe, c'est-à-dire son influence sur la pensée juridique et sur l'élaboration des règles de droit. Cette mise en forme discursive dans le discours juridique marocain rend probable, mais hypothétique, une reconnaissance à terme par les juristes d'un statut de principe à ce qui demeure pour l'instant un objectif ou une valeur du droit marocain.

Durant presque la totalité du 20^e siècle, la sécurité juridique est considérée dans le discours doctrinal européen comme un « objectif » du droit ou, en d'autres mots, comme une « valeur » vers laquelle les systèmes juridiques doivent tendre. En tant que « valeur », les juristes conçoivent la sécurité juridique comme une norme générale de caractère non juridique. Or, depuis les années 1990, il y a introduction dans le discours de la doctrine européenne et du juge européen d'une conception qui attribue à la sécurité juridique le statut

⁹ P.Roubier, *Théorie générale du droit*, Sirey 1946, Op Cit, p. 270.

¹⁰ W.Sauer : *La sécurité juridique et justice*, Recueil d'études LAMBERT, Introduction à l'étude du droit comparé, Paris, Sirey, 1938, p.34.

de principe de droit d'où peuvent être déduites des normes juridiques. La sécurité juridique ferait donc, selon cette deuxième conception, partie intégrante du droit positif, source de droit.

Encore aujourd'hui, il y a coexistence dans le discours des juristes de cette double conception de la sécurité juridique. Ainsi, le discours des juristes sur la sécurité juridique ne correspond pas à un système de pensée monolithe¹¹.

En droit français, l'idée de sécurité juridique bien que présente depuis longtemps dans la jurisprudence n'est véritablement confortée qu'à une époque très récente. Déjà, en 1991, dans son rapport annuel d'activité¹², le Conseil d'Etat français soulignait le besoin de sécurité juridique face à l'instabilité du droit. De nouveau dans son rapport de 2006, la haute juridiction administrative française consacre son rapport d'activité à la sécurité juridique et la complexité croissante du droit¹³. Cet intérêt grandissant du juge administratif français pour la sécurité juridique va se concrétiser par sa consécration dans son arrêt *Société KPMG et autres*¹⁴. Par cette jurisprudence, le principe de sécurité juridique fait ainsi son entrée dans le droit positif.

En droit marocain, la sécurité juridique n'a pas certes fait l'objet d'une consécration en droit positif, mais il reste que ses applications essentielles sont garanties. Le juge marocain garantit « *la chose sans le nom* » pour reprendre l'idée de JEAN PIERRE CAMBY¹⁵. De plus, avec le développement du droit communautaire dans le contexte africain, le principe de sécurité juridique connaît des avancées certaines dans l'espace juridique sous régional et, partant, en droit marocain.

La notion de sécurité juridique renvoie à d'autres notions auxquelles elle est souvent assimilée. Ces différents concepts ne se confondent pas pour autant. Afin d'observer s'il existe entre eux des rapports de dépendance ou de complémentarité et afin de montrer l'autonomie de la sécurité juridique, il convient de confronter cette dernière aux concepts voisins auxquels elle semble se rattacher, à savoir l'équité, la sûreté, la justice et l'Etat de droit.

¹¹ Évidemment, ce constat de l'existence de deux conceptions n'est pas une négation de la présence de plusieurs autres.

¹² Rapport annuel d'activité du CE de 1991, De la sécurité juridique 1991, Documentation française, 1991.

¹³ Rapport annuel d'activité du CE de 2006, la sécurité juridique et la complexité croissante du droit, Documentation française, 2006.

¹⁴ CE, Ass., 24 Mars 2006, Société KPMG et autres, RFDA 2006, p. 463.

¹⁵ P.Camby, « La sécurité juridique : une exigence juridictionnelle », RDP 2006, p.1169.

La sécurité juridique et l'équité :

La notion d'équité n'est pas une notion juridique, en effet, ce n'est pas du droit, il s'agirait plutôt de la correction des erreurs que l'application du droit peut commettre¹⁶. Ainsi, Marcel Porte a pu écrire que : « La notion d'équité, notion de droit idéal, se précise ainsi en celle d'utilité sociale. Seulement, cette utilité sociale, une foule d'influence, auxquelles nous ne pouvons-nous dérober, nous empêchent d'en saisir nettement toute la portée ; ce sont [...] les préjugés. Nous arrivons alors à cette conclusion que l'équité c'est l'utilité sociale considérée à travers nos préjugés¹⁷».

Dire que le juge statue en équité sous-entend une interprétation prétorienne qui se libère de l'application rigoureuse du droit pour se fonder sur un idéal. Il en est ainsi de l'analyse de Madame Mazda, en effet, celle-ci considère que : « La technique de l'équité comme mode de rééquilibrage vers un juste milieu [...] est en parfaite adéquation avec l'évaluation faite par les pouvoirs publics en vue d'atténuer les inégalités sociales, économiques et locales, et de maintenir une solidarité nationale. Mais, la notion d'équité demeure toujours très fluctuante, liée à l'évolution de la société et des lois qui la dirige [...] elle n'est pas une notion juridique, mais éthique, elle ne saurait donc constituer une source autonome du droit et ne saurait donc constituer une source autonome du droit et ne saurait être analysée en dehors des normes du droit positif¹⁸».

De tout ce qui précède, nous pouvons affirmer que la sécurité juridique et l'équité se rapprochent en ce qu'il s'agit de notions correctrices des erreurs du droit. Cependant, juger la sécurité juridique d'une règle de droit n'est pas forcément juger son équité, l'apport de la sécurité juridique est de transformer des questions d'équité en droit. En effet, la sécurité juridique s'applique à l'insuffisance du droit, alors que l'équité joue même lorsque le droit est absent. Monsieur Rouvillois écrit : « ce qui fait la difficulté, c'est que l'équitable, tout en étant juste, n'est pas le juste selon la loi, mais un correctif de la justice légale. La raison en est que la loi est toujours quelque chose de générale, et qu'il y a des cas d'espèce pour lesquels il n'est pas possible de poser un énoncé général qui s'y applique avec rectitude¹⁹». Et de rajouter plus loin « Telle est la nature de l'équitable : c'est d'être un correctif de la loi, là où la loi a manqué de statuer à cause de sa généralité²⁰».

¹⁶ Intervention d'Y. Gaudemet aux entretiens du Médiateur de la République.

¹⁷ M. Porte, La jurisprudence et l'équité. Grenoble 1899, p. 14.

¹⁸ B. Majza, Équité et droits fondamentaux. CRDF n°1, 2002, p. 88.

¹⁹ F. Rouvillois, Le droit. Flammarion 1999, p. 48.

²⁰ Idem.

Pour sa part, Madame S. Calmes estime que la protection de la confiance légitime, et derrière elle la sécurité juridique, est un abandon du terrain du droit pour glisser vers le domaine de l'équité²¹. Une opinion qui prolonge celle de Monsieur Cintura, celui-ci estime que : « La doctrine récente estime que le juge administratif, qui est le conciliateur de l'intérêt public et de l'intérêt privé, entre ces deux ordres d'exigences auxquelles il doit une égale sollicitude se doit de reconnaître à chacun la part qui lui revient de par la justice naturelle. C'est pourquoi le droit spécial de l'activité administrative a été amené à prendre constamment le caractère qui marque et définit une telle conception : l'équité. L'essence du droit administratif est de constituer un droit d'équité, capable de se dégager de la rigidité des textes de droit public et du droit privé²²».

Sécurité juridique et sûreté :

Pour certains auteurs, la sécurité juridique désigne à la fois deux réalités très proches : d'une part, la sécurité par le droit et, d'autre part, la sécurité du droit²³. La sécurité par le droit est synonyme de sûreté, qui, selon l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, constitue un droit imprescriptible. Elle vise essentiellement l'obligation à la charge de l'Etat de faire respecter la paix, l'ordre public, l'intégrité physique des sujets de droit et la protection de leurs biens au moyen d'un arsenal répressif. Cette sécurité par le droit implique nécessairement la sécurité du droit afin de prévenir l'arbitraire dans la mise en œuvre des lois répressives.

En revanche, la sécurité du droit repose sur l'idée de certitude dans l'application du droit ; elle consiste « à garantir la sécurité des résultats de telle manière que chacun puisse prévoir ces résultats et compter sur eux »²⁴.

La sécurité juridique regroupe ces deux réalités et inclut nécessairement la notion de sûreté²⁵. Etant une composante de la sécurité juridique, la sûreté ne peut en constituer le fondement. Toutefois, lorsque la sécurité juridique est envisagée en tant que règle de droit, la

²¹ S. Calmes, Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français. Dalloz 2001 p. 36.

²² P. Cintura, L'usage et la conception de l'équité par le juge administratif. RIDC 1972, n° 3, p. 676.

²³ En ce sens, F. Douet : Contribution à l'étude de la sécurité juridique en droit fiscal interne français, Paris, LGDJ, 1997, Bibliothèque de droit privé, t.280, cf. introduction.

²⁴ Idem.

²⁵ Toutefois, l'assimilation entre la sûreté et sécurité juridique n'est, a priori, pas évidente. Pour Monsieur C. Vimbert, par exemple, « la sûreté se confond avec la liberté individuelle en imposant au pouvoir des interdictions positives qui enferment l'individu dans une sphère de liberté ; la sécurité, elle, sous-tend des restrictions à cette liberté » : C. Vimbert : La tradition républicaine en droit public français, LGDJ, 1992, p.143.

sûreté pourrait alors en former un des fondements juridiques concevables, de même que la séparation des pouvoirs qui résulte de la notion d'Etat de droit.

Sécurité juridique et Etat de droit :

De prime d'abord, les deux concepts apparaissent imbriqués dans la mesure où la sécurité juridique ne peut naître en dehors d'un système fondé sur le droit. L'Etat de droit constitue alors un postulat nécessaire et indispensable à la sécurité juridique et, inversement, il n'est pas d'Etat de droit sans sécurité juridique²⁶.

Pour autant, sécurité juridique et Etat de droit ne se situent pas invariablement dans un rapport de dépendance, et selon la philosophie qui imprègne, dans chaque système juridique, la conception du rôle politique de l'Etat, ce dernier peut également être générateur d'insécurité juridique.

Il convient de relever que la sécurité juridique envisagée en tant que norme juridique potentielle se présente comme une préoccupation propre aux Etats de droit.

La volonté d'assurer la sécurité juridique n'apparaît qu'à partir du moment où un système s'est doté d'un corps de règles suffisant, garantissant l'équilibre des pouvoirs et la protection de l'individu²⁷. c'est à ce stade de l'évolution des sociétés que se manifeste la préoccupation de lutter de manière efficace contre l'insécurité produite par le droit lui-même et donc par l'Etat de droit. Celui-ci constitue un postulat à l'aspiration d'un principe de sécurité juridique.

Ce concept se voit attribué pour fondement le principe constitutionnel de séparation des pouvoirs consacré par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789²⁸.

²⁶ « L'Etat de droit n'a de valeur que dans la mesure où ses impératifs permettent un certain calcul ; si sa conception pouvait être entièrement isolée de cette prévisibilité. L'Etat de droit se réduirait à l'existence des parlements, il ne serait qu'une autre expression synonyme de démocratie représentative. ». S.Calmes.

²⁷ Quid de la préoccupation de sécurité juridique dans les pays où la séparation des pouvoirs n'est pas une réalité ?

²⁸ L'Etat de droit est indirectement mentionné dans l'article 16 de la Déclaration de 1789 en ce sens que la garantie des droits fondamentaux et la séparation des pouvoirs seraient des conditions essentielles dans un Etat constitutionnel : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ». D'autres articles de ce même texte renvoient à des éléments considérés comme se rapportant à l'Etat de droit : droits fondamentaux, légalité, refus de l'arbitraire, nécessité et non-rétroactivité. Tel est le cas des articles 2 : « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression ».

Dans une conception de la sécurité juridique qui tend à devenir plus pragmatique, celle-ci s'attache davantage à l'idée de responsabilité du législateur quant à la qualité du droit plutôt qu'au respect de la structuration de l'ordre juridique et à l'autolimitation des pouvoirs qui relèvent de textes spécifiques. Cette tendance à s'abstraire de la notion d'Etat de droit correspond au déclin de cette notion²⁹ qui s'observe notamment à travers l'intérêt croissant à l'égard des droits des individus.

La sécurité juridique et l'Etat de droit peuvent donc s'affirmer de manière autonome indépendamment de leur filiation qui, à l'origine, les confine dans un rapport de dépendance. Il existe un lien direct entre Etat de droit et sécurité juridique mais il ne s'exprime pas de manière exclusive et absolue, les deux concepts pouvant se révéler contradictoires.

W.Leisner s'est interrogé sur les contradictions inhérentes à l'Etat de droit et a montré que ce concept révèle des incompatibilités avec l'idée de sécurité juridique, pouvant même constituer un facteur d'insécurité juridique³⁰. Il expose, d'une part, que la césure entre le pouvoir d'édicter des normes et le pouvoir de les appliquer en vue d'éliminer l'arbitraire est précisément le siège d'une nouvelle forme d'arbitraire. Le pouvoir d'application est source d'imprévisibilité dans la mesure où la règle de droit est à la merci de l'interprète. Ainsi, l'organe d'application restera toujours, selon l'auteur, la faille de l'Etat de droit.

D'autre part, la technique normative en elle-même, qui permet à l'Etat de droit de poser des exceptions à ses propres principes, serait également un facteur d'imprévisibilité³¹.

La justice permet d'apporter d'autres éclairages sur le concept en cause.

Sécurité juridique et justice :

Qu'il s'agisse de la justice ou de la sécurité juridique, les deux notions « baignent dans une espèce de brume idéale »³².

La justice constitue à la fois un idéal à atteindre et une institution : pour autant elle ne peut être enfermée dans une définition précise³³. Platon la considère comme la première des

²⁹ J.Chevallier : L'Etat de droit et ses transformations, les doctrines de l'Etat de droit, Op Cit, p.7 et s.

³⁰ W.Leisner : Etat de droit – une contradiction? Op Cit, p.68 : « Est-elle vraiment cohérente, cette notion de Rechtsstaatlichkeit, arrive-t-on avec elle à ce règne de confiance et de clarté qu'elle nous promet- ou serait-elle peut-être créatrice de nouvelles formes d'imprévisibilité, d'une clarté purement factice ? ».

³¹ « Ce que le citoyen n'aurait pas permis aux Hommes, il l'accepte sous la forme normative. La technique normative est un opium de liberté » : L'Etat de droit – une contradiction ? Op Cit, p.69.

³² N.J.Mazen : L'insécurité juridique inhérente au système juridique, Op Cit, p.60.

³³ La définition donnée par le Dictionnaire Petit Robert 1 apparaît à ce titre incomplète : « Principe moral de conformité au droit positif ou naturel », éd. 1988, p.1057.

vertus cardinales³⁴, Aristote comme la vertu sublime, mais aucun parmi Rousseau, Kant, Spencer ou Stammler n'est parvenu à sortir du caractère flou et subjectif qui entoure cette notion. Dès lors, apparaît toute la difficulté de la démarche qui consiste à comparer justice et sécurité juridique car d'emblée se pose un problème évident de compréhension de concepts.

Néanmoins, le droit, qui traditionnellement désigne l'ensemble des normes qui règlent les rapports en société, s'inspire, certes, d'un idéal de justice mais il n'a cependant pas pour seule mission d'assurer « le culte de la justice ». Son objet consiste également à assurer l'ordre et la sécurité qui peuvent constituer des préoccupations étrangères à l'idée de justice. En effet, les règles, qui concernent exclusivement et simplement l'organisation positive de la société sont nombreuses ; elles tirent leur fondement premier de la sécurité juridique et non de la justice.

De nombreux exemples illustrent des situations dans lesquelles la sécurité juridique se présente comme une valeur supérieure. Ainsi, la sécurité juridique qui justifie le précepte de l'autonomie des volontés en matière contractuelle et de l'immutabilité des contrats qui en est le corollaire, aboutit en droit privé au refus de l'imprévision³⁵.

Dans certaines circonstances, le respect de la sécurité juridique peut se révéler source d'injustice et apparaître comme un concept « immoral ». Inversement, les exemples de dispositions qui auraient vocation à préserver la justice au détriment de la sécurité juridique sont plus rares. Proscrire toute sécurité juridique peut conduire à soumettre l'individu à une justice d'équité.

Ces observations renvoient à l'analyse formaliste de Roubier qui expose que si la sécurité juridique peut subsister indépendamment de la justice, elle constitue alors la pierre angulaire de l'édifice normatif³⁶. Toutefois, en dehors des exemples cités et destinés à mettre en lumière l'existence de rapports conflictuels entre les deux notions, la sécurité juridique n'apparaît pas fondamentalement contraire à la notion de justice.

En conséquence, qu'il s'agisse de la sûreté, de l'Etat de droit ou de la justice, ces notions fondamentales apparaissent trop vagues pour être à l'origine de la sécurité juridique et pour en constituer les fondements. Dès lors, c'est dans l'analyse de la nature de la sécurité

³⁴ Y.P.Thomas : Politique et droit chez Platon : la nature du juste, Arch. Phil.droit, 1971, p.87 et s.

³⁵ La jurisprudence administrative adopte au contraire la théorie de l'imprévision en matière de contrat de concession.

³⁶ P.Roubier : Théorie générale du droit, histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales, Sirey, 1946, p.334. : « Là où cette valeur essentielle qu'est la sécurité juridique a disparu, il n'y a plus aucune autre valeur qui puisse subsister ».

juridique qu'il convient de trouver ses principaux points d'ancrage ainsi que ses caractéristiques essentielles.

Enfin, la sécurité juridique désigne tout à la fois le respect de l'ordre, la protection du système juridique, le respect de la loi et des institutions. Elle inclut le principe de légalité, la protection des libertés individuelles, la protection des justiciables, les garanties contre l'arbitraire de la puissance publique, la stabilité des situations juridiques à travers le respect des délais de prescription, l'autorité de la chose jugée, la non-rétroactivité des normes juridiques ou la force exécutoire des actes administratifs.

Son contenu ne semble connaître aucune limite dès lors qu'il est question des règles de droit et, plus largement, de la cohérence de l'ensemble du droit positif. Dès lors, cet ensemble, qu'il s'agisse de simples règles du Code de la route, de règles d'urbanisme, de dispositions de droit commercial, de règles procédurales, de principes généraux, de normes de droit internationales ou de dispositions constitutionnelles, procède tout entier d'une préoccupation de sécurité juridique. Ainsi, cette notion constitue indéniablement une valeur inhérente à tout système juridique et surtout un droit naturel.

La problématique générale :

Notre travail a pour objectif de répondre à la problématique suivante : A quel point peut on définir le principe de sécurité juridique, et quelles sont ses manifestations dans le droit européen ainsi qu'au droit marocain ?

Répondre à cette question exige, tout d'abord, de définir qu'est-ce qu'on entend par sécurité juridique pour bien déterminer, par la suite, les influences qu'elle aura sur le droit. La réponse à la question du sens à donner au principe de sécurité juridique doit passer par l'analyse du contexte juridique de sa consécration. En effet, se limiter à la seule formulation faite par le Conseil d'Etat français dans son arrêt KPMG du 24 mars 2006 ne peut déboucher que sur définition incomplète. Il ressort de la lecture de l'arrêt KPMG que la sécurité juridique est strictement limitée aux dispositions juridiques transitoires. En effet, dans cet arrêt, le juge administratif avait décidé que : « Il incombe à l'autorité investie du pouvoir réglementaire d'édicter, pour des motifs de sécurité juridique, les mesures transitoires qu'implique, s'il y a lieu, une réglementation nouvelle [...] à défaut de toute disposition transitoire dans le décret attaqué, les exigences et interdictions qui résultent du code apporteront, dans les relations contractuelles légalement instituées avant son intervention, des perturbations qui, du fait de leur caractère excessif au regard de l'objectif poursuivi, sont

contraires au principe de sécurité juridique ». Toutefois, confronter la notion de sécurité juridique à son contexte peut révéler d'autres visages à une telle notion.

Il y a d'une part, le contexte sociologique de la métamorphose des rapports administré/administration, tel qu'il ressort des travaux des professeurs Rosanvallon et Chevallier, où l'administré tend de plus en plus à devenir, tour à tour, un citoyen, un usager voire un client qui réclame son droit à une sécurité juridique adaptée à sa situation.

D'autre part, il y a la crise de la norme juridique, en effet, comme nous le démontrerons plus loin, à la norme juridique simple et efficace à l'origine, lorsque la loi était la principale source juridique, s'est succédée un démembrement du pouvoir normatif, celui-ci dicté notamment par la découverte de nouveaux domaines scientifiques, économiques et sociétaux nécessitant un encadrement juridique spécialisé.

La complexité de la norme découle également de l'entretien d'un mouvement de législation galopante sans aucune stratégie juridique, ni un pilotage global. Cette anarchie légistique se trouve renforcer par la dégradation qualitative des normes juridiques. En effet, comme le relève Monsieur Chevallier : « Le droit moderne repose sur une conception moniste : un seul foyer de droit, l'Etat, conçu comme la source exclusive de la normativité juridique, et, par conséquent, un seul ordre juridique, les normes juridiques formant un ensemble cohérent, intégré, monolithique, dont tous les éléments se tiennent et s'emboîtent harmonieusement [...] Cette conception moniste est dépassée : la régulation juridique passe, dans les sociétés contemporaines, par l'intervention d'acteurs multiples, situés dans des espaces juridiques différents ; et la relation entre ces espaces n'est plus commandée par le principe de hiérarchie³⁷ ».

Restitué dans son véritable contexte, le principe de sécurité juridique se voit associer à un sens plus large que celui que la majorité de la doctrine voudrait bien lui attribuer. En effet, combien même il serait consacré à l'occasion de l'institution d'une obligation de prévoir des dispositions transitoires, le principe de sécurité juridique est appelé à jouer un rôle de restructuration juridique de droit et contentieux administratifs. Une telle restructuration, jusque-là assurée par le principe de légalité, dépasse le cadre de la norme objective pour embrasser également la sphère subjective. Donc, au sein du principe de sécurité juridique, nous avons à la fois une sécurité juridique objective, associée essentiellement avec le principe de légalité, et une sécurité juridique subjective qui est équivalente à ce que le droit

³⁷ J. Chevallier, L'Etat post-moderne. Op. cit. p. 124.

communautaire connaît sous le nom de protection de la confiance légitime. La consécration de la confiance légitime dans le droit administratif fait partie d'un grand mouvement de subjectivisation du droit en général. Ainsi, comme le relève Monsieur Chevallier : « Au centre du droit post-moderne, se profile à nouveau la figure du sujet de droit, qui avait paru s'estomper par le jeu d'un processus d'objectivisation, aboutissant à dépersonnaliser le rapport juridique au profit de l'application de normes juridiques préétablies et de dispositifs relevant de l'idée de solidarité collective. Or, on assiste, désormais, sur le terrain juridique aussi, au retour de l'individu, à travers l'affirmation des droits subjectifs et la sanction des fautes personnelles³⁸ ».

Loin de toute tentation d'attribuer un intérêt déconsidéré à notre recherche, nous pouvons affirmer que le principe de sécurité juridique est destiné à opérer une refondation de droit. Partant d'un droit exorbitant, le droit administratif donnait toute la priorité à la réalisation de l'intérêt général. Un droit de puissance publique caractérisé par un déséquilibre de protection en faveur de l'administration, mais au détriment de l'administré. Il était évident qu'à l'intérieur de ce déséquilibre, il n'y avait point de sécurité juridique en faveur de l'administré. Une insécurité juridique d'autant plus renforcée à cause des standards et des notions clés du droit administratif. En effet, fondé sur des concepts flous et aux contours indéterminés, tels que l'ordre public, l'intérêt général, le service public, la faute administrative..., le droit positif n'offrait aucune assurance de clarté de ses constructions juridiques. Enfin, par son caractère jurisprudentiel, le droit n'était pas dépourvu de toute imprévisibilité. Or, la prévisibilité des solutions jurisprudentielles est le principal gage de sécurité juridique.

Comme l'affirme Monsieur Rimbault : « le droit administratif étant affecté à sa source même de l'insécurité puisque son mode d'élaboration, essentiellement jurisprudentiel, est parmi les moins sûrs qui soient [...] Plus généralement, c'est son manque de prévisibilité qui est fustigé [...] la jurisprudence se forme au hasard des procès et présente, donc, un caractère fortuit et une lenteur regrettables. S'ajoutent encore le reproche d'hermétisme – dû à la fois au style des arrêts, à leur manque de publicité [...] qui conduit à réserver la connaissance aux spécialistes³⁹ ».

³⁸ Idem, p. 115.

³⁹ P. Rimbault, Recherches sur la sécurité juridique en droit administratif français. LGDJ 2009, pp. 16-17.

Pour bien cerner le principe de sécurité juridique et ses manifestations dans le droit marocain, notre travail s'articulera autour de deux parties. D'une part, nous analyserons la mutation du principe de sécurité juridique (**Première partie**), d'autre part, étudier la consécration du principe de sécurité juridique en droit marocain, en suivant la piste du droit communautaire (**Deuxième partie**).

Partie I : La mutation du principe de sécurité juridique

Longtemps considérée comme le label de la qualité d'Etat démocratique de toute collectivité, la soumission de l'appareil étatique à la Loi était l'assurance, voire le moyen par excellence pour instaurer une confiance juridique des gouvernés en leurs gouvernants. En effet, si produire l'acte législatif par le législateur procède d'un vouloir pour la nation, l'appareil exécutif doit limiter son action au seul objectif de concrétiser ce vouloir⁴⁰.

Objet de tous les louanges, le droit, ce mal nécessaire, mais en même temps cible de toutes les critiques, n'est-il pas condamné à demeurer sous les feux de ce paradoxe. Par le droit, on régit les rapports juridiques et on règle les conflits nés à la suite de ces rapports. Le règlement d'un conflit juridique donne naissance à deux situations, d'une part, la partie dont la cause a été entendue et à laquelle on a donné raison, et d'autre part, la partie perdante dont la vérité n'a pas triomphé. Il y a bien application du Droit, mais toutefois, la confiance juridique, c'est-à-dire la croyance dans le bien fondé de ses prétentions, se trouve renforcée d'un côté alors que de l'autre elle se trouve affaiblie. Néanmoins, le sort réservé à cette confiance juridique n'est que le jeu normal de l'application de la règle du droit telle qu'elle est connue de tous ; simple, claire et intelligible. Or, lorsque le droit ne peut être ni simple ni clair encore moins intelligible, peut-on parler de la réalité d'une éventuelle confiance juridique des destinataires de ce Droit. Si le Droit est devenu une question de scientifiques, de financiers et d'économistes, sa portée se complique, et les rapports juridiques d'autrefois fondés sur la confiance ont cédés la place à des rapports fondés sur la méfiance et le règne de l'insécurité juridique. D'où le rôle du juge et le recours à la notion de sécurité juridique.

La sécurité juridique apparaît d'emblée comme nébuleuse et incertaine. Apparue pour la première fois dans l'arrêt *Marckx contre Belgique*⁴¹, elle se caractérise par son absence de définition conceptuelle et substantielle. Son identification apparaît dès lors délicate en raison des ambiguïtés et des paradoxes qui l'enveloppent. Tirillée par la dichotomie classique entre son versant objectif et son versant subjectif, la sécurité juridique se développe autour de cette dualité par une multitude de déclinaisons qui ne font que renforcer cette impression de débarras conceptuel. Nonobstant son opacité, le principe de sécurité juridique constitue l'un

⁴⁰ Dalil Brahim, *Le droit administratif face au principe de la sécurité juridique*, thèse de doctorat sous la direction du Professeur Pierre BRUNET, présentée et soutenue publiquement le 3 Juillet 2015, p. 27.

⁴¹ CEDH, Plén., 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, req. n° 6833/74, série A. 31, §58 (GACEDH, 2019, n° 51).

des éléments fondamentaux de la prééminence du droit⁴², disposant d'une place essentielle dans le paysage jurisprudentiel de la Cour européenne des droits de l'homme. À la fois imprécis et fondamental, indéterminé et déterminant.

D'emblée, il appert que le principe de sécurité juridique est un principe fondamentalement complexe, on s'intéressera dans un premier temps au contenu de la notion de sécurité juridique qui, en tant qu'elle répond à un besoin des usagers du droit, constitue un impératif (**Titre I**). Puis, dans un second temps, nous étudierons la complexité qui met en lumière un principe particulièrement riche, tant sur le plan sémantique que conceptuel. Ce constat se confirme au travers d'une abondance de fonctionnalités objectives et subjectives qui sert à la défense d'intérêts individuels, étatiques ou du juge lui-même. Derrière la multiplicité qui la caractérisent se cache donc la véritable identité d'un principe « de » sécurité juridique représentatif des sécurités juridiques (**Titre II**).

⁴² « Le droit à procès équitable [...] doit s'interpréter à la lumière du préambule de la Convention, qui énonce la prééminence du droit comme élément du patrimoine commun des États contractants. Un des éléments fondamentaux de la prééminence du droit est le principe de la sécurité des rapports juridiques », CEDH, 28 octobre 1999, *Brumărescu c. Roumanie*, req. n° 28342/95, §61.

Titre I : La complexité conceptuelle du principe de sécurité juridique

La sécurité juridique, en tant que principe de l'ordre juridique, est difficile à définir. Une définition constructive de la notion, qui rende compte de la valeur propre du principe paraît impossible. D'ailleurs, la sécurité juridique est souvent présentée comme un principe matriciel, fédérateur, dont la définition ne peut être donnée que par le catalogue des notions et autres principes qui en seraient les composants (**Chapitre I**). Encore faut-il préciser que ce catalogue n'est pas exhaustif et surtout qu'il est différent selon les auteurs et leur approche de la fonction du principe de sécurité juridique⁴³.

En effet, la fonction du principe dans l'ordre juridique n'est pas toujours évidente à saisir. On peut s'interroger utilement sur la nature de la sécurité qui est, ici, en jeu.

Les différents « habillages » que revêt la sécurité juridique dans sa jurisprudence affaiblissent la véracité de sa nature principielle, la qualifiant parfois de « principe général »⁴⁴, de « valeur sous-jacente »⁴⁵ ou encore de « degré »⁴⁶. Sa polymorphie sème le doute sur sa nature réelle. Traduit-elle une différence sémantique ou conceptuelle, ou illustre-elle un simplement un manque de rigueur stylistique ? Cette question nécessite de partir à la recherche de son véritable identité conceptuelle au-delà de son aspect équivoque pour déterminer, indépendant de ces habillages, s'il s'agit bien d'un principe en droit (**Chapitre 2**).

⁴³ Willy Zimmer, annuaire international de justice constitutionnelle, année 2000, 15/1999, p. 91

⁴⁴ CEDH, 28 mars 2000, Baranowski c. Pologne, req. n° 28358/95, Rec. 2000-III, §56 ; CEDH, 16 avril 2019, Alparslan Altan c. Turquie, req. n° 12778/17, §101.

⁴⁵ CEDH, Gde. Ch., 7 février 2013, Fabris c. France, req. n° 16574/08, Rec. 2013-I, §66 (JCP G, 2013, act. 242, obs. F. SUDRE) ; CEDH, 14 mars 2019, Quilichini c. France, req. n° 38299/15, §37.

⁴⁶ CEDH, 19 octobre 2004, Melnitchenko c. Ukraine, req. n° 17707/02, Rec. 2004-X, §45. Voy. Également CEDH, 31 mai 2016, Kahyaoğlu et autres c. Turquie, req. n° 37203/05, §31.

Chapitre 1 : la sécurité juridique : Notion en débat

Il n'existe pas de définition officielle et exhaustive de la sécurité juridique, c'est pour cela il est plus facile de la comprendre que de la définir⁴⁷

Section 1 : le triptyque classique de la notion : Accessibilité, Stabilité, Prévisibilité

La notion de la sécurité juridique ne peut être définie que par la définition de ces trois notions qui constituent ses sous-exigences plus précises, et qui permettent d'en dessiner les contours (**Sous-section1**), ainsi il est indispensable d'étudier ce principe dans les différents systèmes juridiques comparés (**Sous-section 2**).

Sous-section 1 : les trois impératifs classiques : Définition

La notion de sécurité juridique n'est pas épuisée par l'accessibilité (A), la stabilité(B) et la prévisibilité du droit(C), mais en constituent les principales facettes. D'où la nécessité de les étudier en elles-mêmes, ainsi que dans leurs rapports avec l'impératif de sécurité juridique.

A- L'accessibilité du droit

L'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Ces exigences constitutionnelles imposent que les dispositions législatives soient formulées de manière « suffisamment précises » et ne soient pas équivoques.

L'égalité des citoyens devant la loi, devant le droit, tiens au fait que chacun y a potentiellement accès, puisque chacun en discerne la teneur. C'est bien dans ce sens qu'il faut interpréter la loi 31-13 relative d'accès à l'information (par interprétation large), ainsi que la loi française du 12 Avril 2000 relative à l'accès aux règles de droit. Il suffit d'en reproduire ici le texte pour apprécier la confirmation que le législateur fait lui-même des impulsions données par le conseil constitutionnel français.

Ainsi, cette loi dispose : « le droit de toute personne à l'information est précise et garanti par le présent chapitre en ce qui concerne la liberté d'accès aux règles de droit applicables aux citoyens ».

⁴⁷ En ce sens, A, CRISTAU : l'exigence de sécurité juridique, D, 2002, chron.P. 2814 ; spéc 2815.

La notion d'accessibilité du droit possède donc deux facettes, il s'agit d'une part de l'accessibilité matérielle ou physiques des règles : les usagers du droit doivent avoir la possibilité d'accéder matériellement au corpus des règles juridiques. Ainsi la loi doit-elle par exemple être publiée pour être opposable aux sujets de droit ; le droit ne doit pas être secret⁴⁸. Il s'agit d'autre part de l'accessibilité intellectuelle des règles qui est la compréhension du sens des règles juridiques⁴⁹.

Définissons les deux points essentiels de notre réflexion ; les notions d' « intelligibilité » et d' « accessibilité ». L'intelligibilité désigne le caractère de ce qui est « intelligible », c'est-à-dire qui est claire et compréhensible, contrairement à ce qui est incompréhensible, incompréhensible et obscur. Selon les juristes Marie-Anne Frison-Roche et William Baranèse « une chose est intelligible si son sens peut être perçu par l'activité intellectuelle humaine »⁵⁰.

La notion d'intelligibilité est liée à la compréhension intellectuelle, qui s'apprécie aussi en fonction de ses destinataires.

Cependant, différents critères sont abordés pour évoquer l'intelligibilité du droit. Elle peut être évoquée en termes de qualité de droit, ce qui renvoie à la qualité rédactionnelle des normes juridiques, et donc à l'examen des qualités formelles du droit, ou de clarté du droit, ce qui renvoie à l'intelligibilité du droit.⁵¹

Quant à l'accessibilité, il est le caractère de ce qui peut être atteint matériellement, de façon tangible ; à opposer à ce qui est inaccessible, c'est-à-dire hors de portée physique. Tout le droit ne réponds pas à cet impératif, mais seulement la partie concernant les justiciables. Ces derniers sont sensés connaître les règles qui leurs sont applicables, sans égard à leur origine, leur portée ou même leur date d'édiction⁵².

En plus de l'accessibilité, l'intelligibilité, la clarté et la compréhensibilité s'ajoute aussi la lisibilité, qui intéresse la forme de la règle, le but n'est pas de trouver matériellement le texte

⁴⁸ « Accessible : donc point de mystère en matière juridique, point d'ésotérisme, point de loi plus ou moins secrète », écrit Guillien(Nul n'est cens é ignorer la loi », in mélanges en l'honneur de Paul ROUBIER, t. I , Dalloz et Sirey, 1961, p. 253), l'accès matériel à la règle , c'est « la faculté de ses destinataires de la débusquer », selon l'expression de M, MOLFESSIS (« la sécurité juridique et l'accès aux règles de droit « ,RTD civ. 2000, p.662 et s., spéc. P. 665).

⁴⁹ Thomas Piazzon, la sécurité juridique, collection de thèses, Tome 35, lextenso éditions, 2009, p. 18.

⁵⁰ FRISSON-ROCHE Marie-Anne et BARENES William, « le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi », Dalloz n° 23, 2000 ; pp. 361

⁵¹ Kévin HERNOT : La tension entre l'accessibilité et l'intelligibilité du droit, Mémoire de Maitrise en Sciences politique, Université de Montréal, Faculté des arts et des sciences, Avril 2018, p. 5

⁵² Georges VEDEL et Pierre DELVOLLE, Droit administratif (Tome I), Paris, Presses universitaires de France, 1992, p. 296

mais encore faut il que celui-ci soit lisible. Mme Koubi définit la lisibilité comme « la qualité d'un texte qui peut être lu promptement, assimilé facilement, dont les éléments essentiels sont identifiés et simplement retenus »⁵³.

L'accès à la loi revêt plusieurs aspects. Il faut certes accéder à la norme elle-même, mais aussi aux tribunaux, garants du respect de celle-ci, et aux conseillers juridiques⁵⁴. Cette accessibilité est mise en œuvre de diverses façons. Ainsi, le souci de simplifier le droit, de codifier aussi, permettent de tendre à l'application de cette exigence.

C'est pour cela qu'il faut distinguer la notion de l'accessibilité de droit de celle de l'accès au droit, cette dernière étant liée aux opportunités de consultation des normes juridiques, non seulement des normes juridiques dont il est question avec cette notion, mais aussi de la façon dont nous pouvons y avoir accès, la notion touche entre autres, donc à la publicité du droit, c'est-à-dire « l'opération par laquelle les actes sont portés à la connaissance des intéressés »⁵⁵.

L'accessibilité du droit n'est plus aujourd'hui un objectif qui pose réellement des difficultés, si on l'entend strictement, c'est-à-dire l'accessibilité à l'information. Il est indubitable que le développement actuel d'internet, et la mise en place des sites publics gratuits (tel que SGG au Maroc, legifrance par exemple) permettent l'accès direct des citoyens à la norme et à son application jurisprudentielle. Néanmoins, le chef du service informatique du Conseil constitutionnel français a montré que des écueils existent encore comme, par exemple, la masse gigantesque de données à traiter, et les risques de pertes qu'un tel travail engendre, ou le problème de l'accès de tout un chacun à internet⁵⁶.

En ce qui concerne l'accessibilité du droit et sécurité juridique, selon M. Molfessis, l'accès au droit est une « expression élémentaire du souci de sécurité juridique »⁵⁷.

Avant tout, la sécurité juridique suppose que les destinataires de la règle de droit soient en mesure d'en connaître le contenu d'où l'aphorisme latin « *nemo legem ignorare consetur* »⁵⁸.

⁵³ « lire et comprendre : quelle intelligibilité de la loi ? », in le titre préliminaire du code civil, sous la direction de G. Fauré et G. Koubi, Economika, coll. Etudes Juridiques, t. 16 ; 2003, p. 215 et s., spéc. p. 227

⁵⁴ Lalande (D.), Le principe d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi, Mémoire non publié, Paris 2001 p. 29

⁵⁵ Georges VEDEL et Pierre DELVOLLE, Droit administratif (Tome I), Paris, Presses universitaires de France, 1992, op. p. 296

⁵⁶ Cottin (S.), « Inventaire critique des sites publics : la loi est-elle devenue accessible et intelligible ? », "trouver-du-droit-français.com".

⁵⁷ « la sécurité juridique et l'accès aux règles de droit », pré. p. 662. Au soutien de l'œuvre de codification à droit constant, Mme Lamoureux évoque quant à elle le « sentiment de sécurité » qui résulte de textes « clairs, simples, ordonnés et répertoriés dans un ensemble cohérent », (« la codification ou la démocratisation du droit », préc., p. 802).

⁵⁸ L'expression « *nemo legem ignorare consetur* » est traduite en français par : « nul n'est censé ignorer la loi ».

L'exigence de sécurité juridique implique dans cette perspective l'accessibilité et l'intelligibilité de la règle de droit. Pour XAVIER SOUVIGNET, « *sans un minimum d'accessibilité et d'intelligibilité de la règle de droit, il n'y a qu'arbitraire et chaos, c'est-à-dire le contraire même du droit* »⁵⁹. L'accessibilité signifie qu'aucun obstacle ne doit être opposé à l'accès matériel à la règle de droit. Concernant l'intelligibilité, elle s'entend de la garantie que le contenu de la règle soit compris par ses destinataires. L'accessibilité et l'intelligibilité constituent dès lors des exigences que doit remplir toute règle de droit afin de permettre à ses destinataires de se déterminer par rapport au permis et au défendu.

Mais pour d'autres auteurs ce n'est pas le cas, ainsi, Mme Frison-Roche et M. Baranès estiment que « l'accès au droit est une notion distincte du principe de sécurité juridique car on peut très bien concevoir un système fiable et auquel on n'a pas accès »⁶⁰, pour ces deux derniers auteurs, la sécurité juridique est toute entière contenue dans la notion de fiabilité du droit, et elle est nécessaire à l'effectivité des droits, celle-ci se confondant avec l'accès au droit et non l'inverse⁶¹.

La sécurité juridique suppose donc l'existence d'une publicité minimale⁶², à savoir une publicité efficace et systématique des règles applicables qui, seule, est en mesure d'assurer la certitude des relations juridiques.

La publication, mot dont l'étymologie signifie qui concerne le peuple, désigne « l'ensemble des faits ayant pour objet de porter à la connaissance du public le texte nouveau ».⁶³ Or, en dépit de l'ampleur considérable des moyens de communication, la diffusion du droit reste très limitée et il est aujourd'hui impossible de connaître tout le droit en vigueur.

Outre le fait que l'enseignement du droit est inexistant en dehors des universités spécifiques à la matière et quelque école supérieure, le bulletin officiel du royaume demeure depuis l'an 1912 le seul instrument de publicité obligatoire.

⁵⁹ XAVIER SOUVIGNET, « L'accès au droit, principe du droit, principe de droit », *Juridictoria*, n°1, 2008, p.23

⁶⁰ « le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi », préc., n°25, p. 364.

⁶¹ Thomas PIAZZON, la sécurité juridique Tome 35, op p. 28.

⁶² En ce sens, J.BOULOIS : Quelques observations à propos de la sécurité juridique, *liber Amicorum*, Pierre PESCATORE, 1987, p :53 et s., spé., p. 58.

⁶³ Emma Ben Merzouk-Glon, La sécurité juridique en droit positif ; une valeur irréductible à la norme, Editions universitaires européennes, p. 66.

Les nouveaux vecteurs d'information ouvrent de nouvelles perspectives. Dans l'ensemble, la doctrine se montre favorable à une réforme du système de publication de la loi⁶⁴ qui prendrait appui sur les techniques modernes de diffusion de l'information et sur une large utilisation des supports de communication les plus adéquats, non seulement les médias traditionnels tel que la radio, télévision,...mais également les moyens issus des autoroutes de l'information qui permettent la favorisation de la connaissance des réformes importantes.

La lecture des textes juridiques sur le réseau Internet à travers l'accès en ligne à la norme juridique constitue un grand intérêt aussi bien pour les citoyens que pour les professionnels du droit.

Toutefois il existe d'autres facettes de la notion de sécurité juridique autres que l'accessibilité matérielle et intellectuelle du droit, il s'agit bien évidemment de la stabilité de droit.

B- La stabilité du droit

Dans un environnement marqué par la multiplication des règles de droit et par l'encadrement croissant, par les autorités publiques, nationales ou communautaires, des activités privées, la sécurité juridique est entendue comme la nécessité pour les autorités administratives d'assurer la stabilité des situations juridiques individuelles dans le temps.

Pour pouvoir définir la stabilité de droit, on doit distinguer entre deux principaux aspects de cette notion, le premier aspect concerne le respect de la hiérarchie des normes. La règle de droit doit être à l'abri de toute remise en cause a posteriori au nom d'une règle de valeur supérieur. Quant au second aspect, on peut dire que la stabilité est l'absence de changement du contenu de la règle par celui qui est compétent pour la modifier.

Au cours des dernières années, des efforts importants ont été accomplis pour rendre plus facilement accessibles les normes de droit : la codification s'est accélérée, des banques de données juridiques ont été constituées et des textes consolidés ont été mis en ligne, en particulier sur le site Secrétariat général du gouvernement.

Le contexte, en effet, est marqué à la fois par la prolifération de normes juridiques de plus en plus complexes et par la dégradation de la qualité de ces normes, comportant le risque d'une insécurité juridique.

⁶⁴ J.GHESTIN et G.GOUBEAUX, Traité de droit civil, introduction général, LGDJ, 4ème éd. 1994, n°342.

L'inflation législative est désormais un mal bien connu, la prolifération des normes juridiques est apparue très tôt dans notre système⁶⁵, elle a été dénoncée comme l'une des principales causes d'insécurité juridique, notamment à l'égard des justiciables.

Le phénomène de surproduction normative est largement utilisé par les partisans du principe de sécurité juridique, car celui-ci permettrait d'imposer la stabilité et la cohérence du droit. Ce phénomène correspond au recul de la prise en compte de l'intérêt général et à l'utilisation du droit comme instrument du pouvoir politique⁶⁶. La fréquence des changements législatifs et l'accumulation de textes juridiques touche la stabilité du droit qui est indispensable à assurer la sécurité juridique.

L'instabilité législative en tant qu'un mal plus grand que l'inflation elle-même, elle rend l'établissement des prévisions juridiques plus délicat. Selon le doyen Carbonnier, "l'action inflationniste peut être accrue par une succession rapide de lois sur le même objet"⁶⁷. Certes, toute modification législative n'est pas un mal en soi pour la sécurité juridique⁶⁸, celle-ci est véritablement en jeu lorsque des situations individuelles sont remise en cause a posteriori, mais aussi lorsque l'instabilité devient telle qu'elle perturbe a priori l'élaboration de prévisions juridiques⁶⁹.

La stabilité est, de manière plus évidente, l'absence de changement du contenu de la règle par celui qui a compétence pour la modifier. L'instabilité serait donc la modification de

⁶⁵ MONTAIGNE constatait déjà au XVI^{ème} siècle que la France avait « plus de lois que tout le reste du monde ensemble, et plus qu'il n'en faudrait pour régler le monde », Essais, livre III, chap.13 de l'expression, Paris, Gallimard, coll. Bibliothèque de la Pléiade, 1989 ; p. 1042 ; cf. J- J.ROUSSEAU : fragments politiques, IV (des lois). Œuvres complètes de Jean-Jacques ROUSSEAU, Paris, Gallimard, coll. Bibliothèque de la pléiade, III, 1964, p. 493 ; les auteurs du début de notre siècle confirmaient ce constat : J.CRUET : La vie du droit ou l'importance des lois, Flammarion, 1918, spé., p. 262-264 ; L.JOSSERAND : Un ordre juridique nouveau, D. 1937, p.41 ; H.CAPITANT : Comment on fait les lois aujourd'hui, Rev. Pol et Parl., 1917.

⁶⁶⁶⁶ En effet, le législateur n'intervient plus pour mener une politique de long terme visant le bien commun mais pour gouverner au jour le jour, voir notamment J. CARBONNIER : la part du droit dans l'angoisse contemporaine, Flexible droit, spéc. p : 190 : la loi "n'est plus dans beaucoup de cas, cette maxime de conduite universelle qui était solennellement proclamée à l'intention des générations futures (la perpétuité était dans le vœu de la loi) ; mais un simple procédé de gouvernement, une façon pour l'Etat de donner des ordres, dans le présent, à un groupe plus ou moins étendu de sujets. De là, ces caractères qui répugneraient à de vraies vulgarité de style".

⁶⁷CARBONNIER, J : Droit et passion du droit sous la V^e République ,pré., p. 109.

⁶⁸ Cf. supra n° 22 et n° 103 : le droit ne saurait bien sûr être figé.

⁶⁹ Ainsi, l'inconfort matériel que peut générer la loi nouvelle n'est pas une insécurité juridique stricto sensu, au sens technique du terme. Une illustration topique est celle de l'augmentation de la fiscalité, par exemple sur le gasoil, selon M.Perrin-Pelletier, la forte augmentation des taxes a trahi les prévisions des constructeurs automobiles qui ont beaucoup investi dans le développement technique de ce type de motorisation, créant par là-même une intolérable insécurité juridique ("Débat : qu'entend on par insécurité juridique ? ", Colloque « Insécurité juridique et assurance » du 3 Octobre 1996, revue général du droit des assurances 1998, p : 431). En réalité seules les prévisions économiques et donc matérielles des intéressés ont été – très partiellement d'ailleurs- déjouées, à l'exclusion de toute prévision juridique, c'est là un exemple type d'invocation quelque peu dévoyée de la sécurité juridique dans le but de préserver des intérêts catégoriels .

la solution apportée à un problème déjà connu et réglé par le droit positif. Il y a toutefois dans le terme même d'instabilité l'idée d'une pathologie : l'instabilité, ce n'est pas le changement en tant que tel de l'état du droit positif, c'est la multiplication des changements. C'est une idée forte répandue que le droit trouve une bonne partie de sa valeur dans la stabilité, que la règle soit législative ou jurisprudentielle⁷⁰. Comme dans bien d'autres domaines de l'activité humaine, le temps donne au droit de l'autorité⁷¹.

Pour pouvoir établir la relation entre stabilité et sécurité juridique, il faut distinguer entre stabilité du droit objectif, qui renvoie essentiellement à la loi et la jurisprudence (sources de droit), et stabilité des droits subjectifs. La stabilité et la sécurité juridique n'entretiennent pas les mêmes rapports selon que l'on envisage la stabilité du droit objectif ou la stabilité des droits subjectifs et situations individuelles.

On peut dire que l'instabilité du droit objectif ne renvoie pas à une insécurité véritable mais plutôt à un sentiment d'insécurité, dans ce sens on reprend le vocabulaire du Doyen Carbonnier, pour pouvoir parler ici d'inquiétude, d'anxiété juridique⁷².

Pour Renè Demogue, « la sécurité peut être envisagée objectivement et subjectivement »⁷³, de ce point de vue psychologique explique l'auteur que ce sentiment de « fausse sécurité » ne concerne que les profanes et non les juristes, car ceux-ci ont une connaissance réelle et objective des règles de droit. Dans ce sens, on peut citer également le point de vue psychologique de MM. Roland et Boyer qui insistent sur les bienfaits des adages du droit : « Face à ce dérèglement de la machine à fabriquer les règles juridiques et au désarroi qu'il fait entrer dans la mentalité de chacun, il est facile d'imaginer l'apaisement que procure les adages du droit. Au plan psychologique, le profane, comme l'homo juridicus, y trouve d'instinct les ancrages nécessaires ; les ténèbres de l'inconnaissable se dissipent et le

⁷⁰ Thomas Piazzon, la sécurité juridique, préc, p. 32.

⁷¹ Ce qui fait une partie du succès des adages du droit, beaucoup d'entre eux étant toujours formulés dans la langue française où Loysel nous les a légués ou dans le latin de la compilation justinienne. Leur force suggestive les fait demeurer immuables. MM. Roland et Boyer expliquent que les adages sont un palliatif à l'instabilité du droit : « Foin donc de l'incontinence du législateur et de la casuistique des juges ! les principes véhiculés par les adages n'en ont que faire. Intemporels, ils conservent invariablement leur force et leur empire. Nec fluctuant nec merguntur » (Adages du droit français, préc., p. IX). Les dictons populaires sont nombreux qui vantent les mérites de la stabilité : « un bon impôt est un vieil impôt » ou encore « le temps ne respecte que ce qui se fait avec lui » (proverbe corse selon M. Antonmartei, Dr soc. 2000, p. 310). Les juristes font parfois référence à la maxime figurant sur le cadran solaire du Palais de justice de Paris : hora fugit. Stat jus.

⁷² « la part du droit dans l'angoisse contemporaine », préc., p. 187 et s. A cet égard, l'instabilité doit être rapprochée de l'inflation du droit qui participe également du sentiment d'insécurité des sujets de droit. Voir J.R. PELLAS, « Le principe de sécurité juridique en droit fiscal ». in Etudes en l'honneur de Georges Dupuis. Droit public, LGDJ, 1997, p. 261 et s., spéc. p. 262.

⁷³ Les notions fondamentales du droit privé, préc., p. 79.

postulat redevient raisonnable qui veut que nul ne soit censé ignorer la loi: nourrit-on quelque angoisse à l'égard des choses familière qui ont reçu la patine du temps »⁷⁴.

Si l'instabilité des droits objectifs constitue juste un sentiment d'insécurité, celle des droits subjectifs et situations individuelles constitue un réel danger pour la sécurité juridique, au-delà d'un sentiment diffus, il s'agit cette fois d'une véritable insécurité pour les sujets de droit.

Certes, il existe d'autre dangers à part les modifications du droit objectif qui pèsent sur la sécurité juridique des droits subjectifs, il s'agit bien évidemment des parties elles-mêmes et le juge, qui doivent se montrer respectueux du lien de droit volontairement créé.

On peut dire que l'inflation et l'instabilité législative sont non seulement sources d'un sentiment d'insécurité juridique, mais encore d'incertitudes véritables. Par leur rythme effréné, elles rendent chaque jour un peu plus fictif l'adage *nemo legem ignorare consetur*. L'instabilité législative n'a plus aujourd'hui le même caractère accidentel que celle décrite par Ripert au lendemain de la seconde guerre mondiale⁷⁵ ; elle est au contraire une donnée structurelle de nos sociétés. Mais même si l'on admet que « l'ordre juridique ne saurait être plus stable que le groupe social dont il émane »⁷⁶.

En plus de la notion d'accessibilité et de stabilité du droit, s'ajoute un troisième élément qui est l'élément le plus fondamental de la sécurité juridique, à savoir la prévisibilité.

C- La prévisibilité du droit

La notion du temps, à la quelle renvoient stabilité et prévisibilité, est déterminante dans l'étude de la sécurité juridique, si la stabilité vise essentiellement le respect du passé, la prévisibilité concerne plutôt le futur, dans une vision des choses plus dynamique.

La prévisibilité renvoie au caractère de ce qui est prévisible, de ce qui peut être anticipé. Ce qui suppose une certaine connaissance de l'avenir, ou à tout le moins une capacité à se projeter dans l'avenir. Sous l'expression classique de « sécurité juridique », la prévisibilité requiert une certaine stabilité de la norme civile, ainsi qu'une intelligibilité

⁷⁴ Adages du droit français, préc., p. XIII.

⁷⁵ Voir le déclin du droit, préc. Le sinistre bilan de l'état du droit dans les années 1940 dressé par l'auteur tient pour une large part à la situation d'après guerre en général, et à l'annulation (rétroactive ou non) des lois du gouvernement de Vichy en particulier. L'insécurité juridique parvenait alors à un niveau rarement atteint, même par la suite. Voir notamment Chap. V. « la discontinuité du droit », n° 41 et s., p. 125 et s.

⁷⁶ J. Chevalier, « l'ordre juridique », in le droit en procès, Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie, PUF, 1983, p. 7 et s., spéc. p. 27.

permettant aux individus de déterminer leurs comportements en fonction de cette norme. Cette philosophie, qui inspire en droit pénal le principe de légalité des délits et des peines, suscite à l'heure actuelle d'amples réflexions et de profondes modifications de droit qui visent toutes à améliorer la prévisibilité de la norme civile, qu'elle soit légale ou jurisprudentielle.

Dans sa dimension temporelle, la sécurité juridique exige la prévisibilité et la relative stabilité de la règle juridique. Les destinataires des règles juridiques doivent être en mesure de prévoir les conséquences juridiques de leurs actions. De même, ils doivent pouvoir compter sur leurs prévisions lorsqu'ils actualisent une action dans la durée. Ainsi, en droit administratif, ces exigences de prévisibilité et de stabilité sont essentiellement garanties.

D'abord, la prévisibilité des actes administratifs pose la question de la rétroactivité des actes administratifs mais aussi celle même de l'application immédiate de ceux-ci aux effets d'une situation juridique définitivement constituée.

D'une part, il convient de souligner que les règles de droit ne doivent régir que les actions futures d'où le principe de non rétroactivité des actes administratifs. En effet, les actes administratifs ne sont censés produire des effets que pour l'avenir. Déjà, l'article 02 du Code Civil pose le principe à valeur législative de non rétroactivité de la règle de droit. Dans l'arrêt *Société Journal l'Aurore*⁷⁷, le juge administratif français, pour sa part, dégage un principe général du droit de non rétroactivité des actes administratifs. Cette solution jurisprudentielle a été reprise par son homologue sénégalais dans l'arrêt *Ndeye Binta Diop*⁷⁸. D'ailleurs, ce principe de non rétroactivité n'a pas laissé de marbre le juge constitutionnel. Traditionnellement, le juge constitutionnel français n'admettait la valeur constitutionnelle du principe de non rétroactivité des lois qu'en matière répressive. A quelques nuances près, le juge constitutionnel sénégalais a repris la même solution. En effet, dans sa décision du 23 Juin 1993 à propos de la loi organique n°92-25 du 30 Mai 1992, il dispose que « la non rétroactivité de la loi n'a de valeur constitutionnelle qu'en matière pénale »⁷⁹ tout en considérant que « la modification, l'abrogation d'une loi comme la rétroactivité d'une loi nouvelle, ne peuvent remettre en cause des situations existantes, que dans le respect des droits et libertés de valeur constitutionnelle ». Toutefois, la Haute juridiction française a fait un remarquable pas en avant en considérant qu'une loi ne peut rétroagir que si cette rétroactivité est motivée par un motif d'intérêt général suffisant. Ainsi, il a entendu limiter la rétroactivité

⁷⁷ CE, Ass., 25 Juin 1948, *Société Journal l'aurore*, JCP-G, 1948, II, p.4427.

⁷⁸ CE, 30 juillet 1997, *Ndeye Binta Diop*, *Bulletins des arrêts du CE 1993-1997*, p.141.

⁷⁹ CC, Décision n° 02-93 DC 23 juin 1993, *Loi organique n°92-25 du 30 Mai 1992*.

des lois fiscales, protéger l'économie des contrats légalement conclus, mais aussi renforcer son contrôle sur les lois de validation. Récemment encore, il a affiné sa jurisprudence sur la question en énonçant de manière plus précise les conditions de rétroactivité d'une disposition législative. Pour lui, « si le législateur peut modifier rétroactivement une règle de droit ou valider un acte administratif ou de droit privé, c'est à la condition de poursuivre un but d'intérêt général suffisant et de respecter tant les décisions de justice ayant force de chose jugée que le principe de non rétroactivité des peines et des sanctions ; qu'en outre l'acte modifié ou validé ne doit méconnaître aucune règle ou principe de valeur constitutionnelle, sauf à ce que le but d'intérêt général visé soit lui-même de valeur constitutionnelle ; qu'enfin la portée de la modification ou de la validation doit être strictement définie... »⁸⁰.

D'autre part, la sécurité juridique des administrés impose d'aménager un régime transitoire dans le cas où l'application immédiate d'une disposition réglementaire à une situation juridique serait de nature à porter une atteinte excessive aux droits nés de cette situation juridique. Même s'il est un principe général en droit administratif que « nul n'a de droits acquis au maintien de dispositions réglementaires »⁸¹, il reste que certains changements dans la réglementation sont drastiquement attentatoires aux droits des administrés. C'est ainsi que, dans l'arrêt *Sociétés KPMG et autres*⁸², le juge administratif français pose le principe du régime transitoire. En l'espèce, saisi d'un Décret approuvant le nouveau code de déontologie de la profession de commissaire aux comptes, contesté notamment en raison de son application immédiate aux contrats en cours, il considère qu'au regard des perturbations excessives apportées aux relations contractuelles en cours par les mesures incriminées, l'autorité réglementaire doit édicter « les mesures transitoires qu'implique, s'il y a lieu, une réglementation ». Le juge sénégalais, dans l'arrêt *Thierno Mamadou Kane et autres*⁸³, aurait pu, sur l'invitation des requérants, consacrer ce principe du régime transitoire, mais comme souvent il a manqué au rendez-vous. En l'espèce, les requérants sollicitaient l'annulation des arrêtés n°1050 et n°1052 du 28 janvier 2011 du Ministre de la justice et la modification de l'article 120 du Décret n°2002-1032 du 15 Octobre 2002 modifié par celui n°2009-328 du 08 Avril 2009 portant statut des notaires. Pour eux, les actes attaqués violent le principe de non rétroactivité des actes administratifs « en ce que le Décret de 1979 sous l'empire duquel ils avaient effectué leur stage en ses articles 03 et 22 repris par l'article 120 du Décret de 2002

⁸⁰ CC Décision, n°2011-166 QPC, 23 septembre 2011, *Validations législatives de procédures fiscales*, Cons. 4, JORF du 24 septembre 2011, p.16016.

⁸¹ CE, 30 Août 1995, *Adama Thiam*, Bull. N°52, p.104.

⁸² CE, Ass. 24 Mars 2006, *Sociétés KPMG et autres*, op. cit.

⁸³ CS, 12 Avril 2012, *Thierno Mamadou Kane et autres*, non publié.

préservait leurs droits acquis et les services qu'ils avaient accomplis antérieurement, alors que le Décret de 2009 qui régit leur situation individuelle née avant son entrée en vigueur, n'a pas prévu les mêmes mesures transitoires ». Cependant, le juge refusa de suivre ce raisonnement en considérant « qu'il s'agit d'appliquer une norme nouvelle qui a un effet immédiat sur des situations formées antérieurement à son intervention, mais non définitivement constituées ; que cette norme qui ne vaut que pour l'avenir ne viole pas le principe de non rétroactivité ».

Les dispositions transitoires peuvent être des plus diverses. Il en est ainsi du mécanisme des délais d'adaptation à la nouvelle réglementation, de la modulation dans le temps des règles qu'elle comporte, de l'assouplissement, pour certaines catégories de destinataires, des formalités d'exécution envisagées, de l'atténuation dans certaines circonstances des sanctions éventuellement prévues et de l'aménagement d'un régime de recours. Pour Y. AGUILA, « l'exigence d'un dispositif transitoire résulte d'une balance entre l'inertie du passé et l'urgence du présent »⁸⁴.

Le concept de la sécurité juridique frappe évidemment par la dominance de son contenu et la multiplication des solutions qui peuvent s'imposer en son nom. Après avoir vu la diversité de la notion de la sécurité juridique, il convient maintenant d'étudier cette notion à travers son universalité qui exprime le mieux l'importance de la sécurité juridique, cette dernière qui est, selon le doyen Carbonnier, un besoin de tous les peuples.

Sous-section 2 : Sécurité juridique en droit comparé

Simplifier le droit est devenu le souci majeur de tout législateur. Mais rendre la loi plus compréhensible, plus accessible pour les citoyens n'est chose si aisée.

La sécurité juridique comme valeur du droit se caractérise essentiellement par son universalité, que se soit au niveau du temps ou de l'espace, en ce qui concerne l'universalité dans le temps, on peut dire clairement que sa signification n'est plus aujourd'hui celle qu'elle avait en droit romain ou même dans l'œuvre de Roubier⁸⁵. On va réserver cette sous-section pour l'étude de l'universalité de la valeur sécuritaire du droit dans l'espace, au niveau du système juridique allemand (**A**), en droit canadien (**B**), et on finira par la présentation des manifestations de l'importance de la sécurité juridique en droit américain (**C**).

⁸⁴ Y. AGUILA, « L'exigence de dispositions transitoires », *Conclusions sur CE Ass 24 Mars 2006, Sté KPMG et autres, RFDA 2006*, p.463.

⁸⁵ « La sécurité juridique demeure, mais les approches que l'on peut en avoir se superposent et certaines conceptions l'emportent sur d'autres, il semble bien que dans la majorité des esprits, l'importance de la sécurité juridique ne réside plus vraiment dans l'autorité de la loi et dans son application stricte »

A- La sécurité juridique en droit allemand

L'idée nouvelle de sécurité juridique fait ses débuts isolés sous la République de Weimar, dans les années 1920⁸⁶, mais c'est essentiellement après la seconde guerre mondiale et en réaction au régime totalitaire antérieur que débute dans la jurisprudence et la littérature la « marche triomphale »⁸⁷ de la protection de la confiance. Le jugement novateur est rendu le 14 novembre 1956 par le tribunal administratif supérieur de Berlin, qui protège la confiance de la veuve d'un ancien fonctionnaire face au retrait d'un acte administratif (individuel) irrégulier favorable – une rente –⁸⁸, alors que la légitimité du retrait des actes était incontestée auparavant. Cette jurisprudence trouve un écho favorable auprès de la majorité de la doctrine et auprès du juge constitutionnel fédéral (*Bundesverfassungsgericht*)⁸⁹.

Le principe devient véritablement central au cours des années soixante-dix, non seulement dans la jurisprudence et la doctrine, mais également dans la législation. La discussion scientifique est en effet marquée par les contributions de Gunter Kisker et Günter Püttner lors du congrès des professeurs de droit public de 1973⁹⁰, qui vont influencer les autres auteurs et constituer le point de départ d'une littérature très riche relative à la sécurité juridique dans sa dimension subjective. Elles vont en outre influencer le législateur qui adopte en 1976 la loi sur la procédure administrative non contentieuse⁹¹.

Dans le droit constitutionnel allemand, la sécurité juridique est considérée, comme un principe, plus précisément un impératif (*Gebot der Rechtssicherheit*)⁹² ayant une valeur constitutionnelle, le droit allemand se caractérise essentiellement par son abstraction⁹³.

Le principe de sécurité juridique est reconnu tant en droit allemand qu'en droit communautaire. La Cour constitutionnelle fédérale allemande évoque dès sa décision du 1er

⁸⁶ Max Rümelin, *Die Rechtssicherheit : Rede gehalten bei der akademischen Preisverteilung am 6. November 1924*, Tübingen, JCB Mohr (Paul Siebeck), 1924, p. 17 ; Hans Ipsen, *Widerruf gültiger Verwaltungsakte*, Lütcke und Wulff, 1932, p. 93 et s.

⁸⁷ Fritz Ossenbühl, „Administrative Selbstbindung durch gesetzeswidrige Verwaltungsübung?“, *DÖV* 1970, p. 264.

⁸⁸ Oberverwaltungsgericht (OVG) Berlin, *DVBf* 1957, p. 503 et s. Cette jurisprudence est confirmée par la Cour administrative fédérale (*Bundesverwaltungsgericht*) le 28 juin 1957 et le 25 octobre 1957 (*BVerwGE* 6, p. 1 ; 5, p. 312), le 28 octobre 1959 pour ce cas d'espèce (*BVerwGE* 9, p. 251).

⁸⁹ *BVerfGE* 59, p. 128 (p. 166), 16 décembre 1981.

⁹⁰ „*Vertrauensschutz im Verwaltungsrecht*“, *VVDStRL* 32, Walter de Gruyter & Co, 1974, respectivement p. 150 et p. 200.

⁹¹ La conception originelle de la sécurité juridique : L'Allemagne ; Sylvia Brunet. Dans *Titre VII 2020/2* (N° 5), pages 79 à 90

⁹² Exigence de la sécurité juridique.

⁹³ C. Witz, *Libres propos d'un universitaire français à l'étranger*, *RTD civ.* 1992, p. 18 et 78-79.

juillet 1953 (et confirme dans sa décision du 19 décembre 1961) le fait que la sécurité juridique fait partie des éléments essentiels du principe d'État de droit et, dans les années 1960, la Cour de justice des communautés européennes formule pour la première fois un certain nombre de principes généraux, dont l'exigence de sécurité juridique (22 mars 1961, SNUPAT), considérée comme une règle « impérieuse » (14 juillet 1971 Henck) ou un principe « fondamental » (16 mai 1979 Tomadini). Force est également de constater que le thème général de la sécurité juridique devient de mode en France depuis le début des années 1990, jusqu'à avoir été en 1991 au cœur de la partie générale du rapport public du Conseil d'État, expressément intitulée De la sécurité juridique ; le mot d'ordre y est notamment : « légiférons moins, légiférons mieux ». La sécurité juridique a également été invoquée dans l'élaboration de ce qui est devenu la loi du 9 février 1994 « portant diverses dispositions d'urbanisme et de construction ». Plus récemment, le rapport de la Cour de cassation de 2001.

En Allemagne, le principe de sécurité juridique, en tant que tel, n'a pas reçu de consécration constitutionnelle expresse. Aucune disposition de la Loi Fondamentale ne fait une référence directe à ce principe. Le rang constitutionnel incontestable⁹⁴ de celui-ci est dérivé du rang constitutionnel de la notion d'Etat de droit conçue comme la forme étatique de l'Allemagne aux termes de l'article 20 de la Loi Fondamentale⁹⁵. Le principe de sécurité juridique est considéré, au même titre que l'équité, comme un élément essentiel de la notion d'Etat de droit.⁹⁶ Dans une décision (voir infra) consacrée à la redéfinition de la notion d'effet rétroactif de la loi, la Cour constitutionnelle fédérale a clairement rappelé que le principe de la sécurité juridique est une condition de base de la constitution libérale ainsi que la condition préalable pour l'exercice de la liberté⁹⁷.

Comme déjà évoqué précédemment, parmi les éléments essentiels découlant du principe d'Etat de droit se trouve la sécurité juridique, qui signifie, dans la dimension temporelle, Vertrauensschutz⁹⁸. Ce dernier implique que celui qui a pu compter sur une réglementation étatique, plus généralement sur l'état de la loi, doit alors, en règle générale, être protégé lorsque l'Etat modifie ou abroge cette réglementation de manière rétroactive,

⁹⁴ Bodo PIEROTH, «Die neuere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Grundsatz des Vertrauensschutzes »,JZ 1990; BVerfGE 72, 200 (257).

⁹⁵ Op, BVerfGE 19, 150 (166).

⁹⁶ Friedrich E. SCHNAPP, Commentaire de l'art. 20 de la Loi Fondamentale, numérotation marginale 2 1 , in Grundgesetz-Kommentar, sous la direction de Ingo von MÜNCH et Philip KUNIG, Munich 1992.

⁹⁷ Op, p . 284.

⁹⁸ Protection de la confiance.

mais également lorsqu'il le fait, éventuellement, seulement pour l'avenir. Le législateur est tenu, pour le bien de l'Etat de droit, de ne pas édicter de normes juridiques rétroactives⁹⁹.

Dans les cas de lois rétroactives, le droit allemand opère une distinction nette entre ce qu'il appelle « vraie » et « fausse » rétroactivité. C'est seulement en droit pénal que prévoit, pour les lois nouvelles plus sévères, une interdiction stricte, absolue, de rétroactivité de ces lois, en droit allemand (article 103 § 2 de la Loi fondamentale), comme en droit français (articles 5 et 8 de la DDHC de 1789).

Mais à part cela, la jurisprudence allemande fait une différence entre vraie (*echte Rückwirkung*, rétroactive) et fausse (*unechte Rückwirkung*, rétrospective) rétroactivité. La distinction entre vraie et fausse rétroactivité pose des problèmes de démarcation et a été critiquée par la doctrine, ce qui a conduit le second *Senat* à introduire, dans une décision du 14 mai 1986, une autre terminologie¹⁰⁰. Une norme déploie une « rétroactivité d'effets juridiques » (*Rückbewirkung von Rechtsfolgen*) lorsque le point de départ de son champ d'application temporel est fixé à un moment qui se situe avant le moment où la norme est entrée en vigueur. À l'inverse, une norme effectue un « rattachement en arrière à une situation » (*tatbestandliche Rückanknüpfung*) quand elle fait dépendre l'existence de ses effets juridiques futurs de circonstances antérieures à sa promulgation. Il ne s'agit pas de rétroactivité au sens formel et ce cas de figure est traité le plus souvent prioritairement sous l'angle de l'ingérence dans des droits fondamentaux particuliers, perçus comme des « lois spéciales » par rapport au principe général de protection de la confiance issu de l'État de droit¹⁰¹. Cette jurisprudence du second *Senat* est certes plus précise, mais les résultats des deux approches sont au fond similaire et sont d'ailleurs assimilés depuis 1997 par le second *Senat* lui-même¹⁰².

Pour autant, les deux théories n'ont pas été fusionnées par la Cour, les autres juridictions continuent de se référer aux jurisprudences du premier comme du second *Senat*, et donc les difficultés de démarcation entre les deux types de rétroactivité perdurent.

⁹⁹ KATZ Alfred, *Staatsrecht, Grundkurs im öffentlichen Recht*, Heideberg: C.F. Müller, coll. Jurathek Studium, 18^{ème} éd., 2010, p. 104.

¹⁰⁰ BVerfGE 72, p. 200 (p. 241 et s.). Il développe une jurisprudence déjà ébauchée trois ans plus tôt (BVerfGE 63, p. 343 (p. 353 et s.), 22 mars 1983).

¹⁰¹ Helmuth Schulze-Fielitz, „GG Art. 20 - 4. Rechtsstaatliche Anforderungen an die Rechtsetzung“, in Horst Dreier (dir.), *Grundgesetz-Kommentar*, Tübingen, Mohr Siebeck, 3e éd., 2015, n° 167.

¹⁰² BVerfGE 97, p. 67 (p. 78 et s.), 3 décembre 1997.

La conception allemande de la sécurité juridique est à l'origine des réflexions qui ont ensuite émergé en Europe sur ce thème. Les juges et auteurs allemands d'après-guerre ont fait œuvre créatrice en la matière, s'agissant tant de la consécration du principe que de la construction d'ensemble dans laquelle il s'insère, depuis ses fondements jusqu'à son champ d'application en passant par ses corollaires, la protection de la confiance légitime en particulier dans la mesure où la conception originelle de la sécurité juridique a avant tout consacré sa dimension subjective.

La question se pose toutefois de savoir si les jurisprudences plus récentes en faveur de la protection de la confiance abstraite des citoyens ne vont pas finir, sur fond de limitation de la marge de manœuvre du législateur par le juge constitutionnel et sur fond de primauté de l'intérêt public par le juge administratif sous pression européenne, par inverser la tendance. Le « privilège » de la protection de la confiance est aussi remis en cause par une partie de la doctrine, qui « plaide » pour un retour du droit public à sa « tradition antérieure à 1950 », où « l'intérêt général lié à la légalité [était] prioritaire »¹⁰³. Si cette évolution se confirmait, la sécurité juridique serait à l'avenir privilégiée dans sa dimension objective et la protection des intérêts de confiance des citoyens ne serait plus assurée que via celle des droits fondamentaux.

On se contentera donc de constater, non pas que le système juridique allemand fait a priori plus grand cas de la sécurité juridique que le système canadien, mais, plus modestement, qu'aucun système juridique ne peut se passer de cette valeur fondamentale du droit. On retiendra en outre cette idée, plusieurs fois illustrée concrètement, selon laquelle les voies de réalisation pratique de la sécurité juridique sont nombreuses et diverses. Ainsi, au rejet pur et simple de la théorie de l'imprévision, le droit allemand préfère son admission étroitement encadré par de strictes conditions et seulement mise en œuvre au terme d'une motivation judiciaire fournie.

Le caractère transversal de l'exigence de sécurité juridique à travers toutes les matières du droit canadien témoigne encore de l'universalité de celle-ci.

B- La sécurité juridique en droit canadien

Au Canada, les questions relatives à la sécurité juridique se présentent différemment. Nos recherches nous portent à croire que pendant longtemps, le concept de sécurité juridique a été exempt du discours juridique canadien. Or, depuis une vingtaine d'années, la littérature

¹⁰³ Ivo Appel, « La confiance en droit administratif allemand », in Bénédicte Fauvarque-Cosson ; Peter Jung (dir.), *La confiance, Société de Législation Comparée*, 2013, p. 65.

juridique a multiplié les références à cette notion et la sécurité juridique a fait depuis l'objet d'études ponctuelles¹⁰⁴. Par exemple, l'Université de Sherbrooke a été l'hôte, en 2007, du Xe Congrès de l'Association internationale de méthodologie juridique, qui a été entièrement consacré à l'étude du concept de sécurité juridique et où plusieurs intervenants canadiens ont participé¹⁰⁵. Quant aux juges de la Cour suprême, ils utilisent cette expression depuis les années 1990, mais sans vraiment la définir. Cependant, il appert que le droit canadien n'a pas encore attribué de statut formel au principe de sécurité juridique. L'absence d'un principe de sécurité juridique consacré formellement et officiellement dans le discours juridique n'implique cependant pas que le droit canadien ne consacre pas de règles qui protègent la sécurité juridique¹⁰⁶.

Au niveau du discours doctrinal, pour les auteurs qui évoquent la notion de sécurité juridique, celle-ci est habituellement considérée comme souhaitable. Par exemple, pour une auteure, celle-ci serait une « pierre angulaire du droit, son pilier essentiel »¹⁰⁷. Et pour un autre, elle constitue un « avantage »¹⁰⁸.

Certains auteurs ne définissent pas la notion de sécurité juridique lorsqu'ils en font usage¹⁰⁹ ou lui attribuent un sens abstrait sans référence¹¹⁰. Cependant, lorsqu'ils le font, la majorité des auteurs tirent les éléments de la définition du concept de sécurité juridique à partir de propositions élaborées par la doctrine européenne. Par exemple, lorsque Danielle Grenier définit le concept de sécurité juridique, elle mentionne deux propositions des auteurs

¹⁰⁴ Les articles de doctrine consacrés expressément à l'étude de la sécurité juridique en droit canadien que nous avons trouvés, sont les suivant : Charlotte Lemieux, « Jurisprudence et sécurité juridique : une perspective civiliste » dans *Droit contemporain*, Cowansville, Yvon Blais, 1998 à la p. 503; Larouche, supra note 27 à la p. 131; Leonard I. Rotman, « The fiduciary concept and the subjective nature of legal certainty » (2008) 110 R. du N. 359; Belleau et Johnson, supra note 21; Jean-Luc Bilodeau, « La sécurité juridique et l'efficience des marchés: le cas de l'AMF » (2008) 110 R. du N. 429; Élise Charpentier, « Le prix de la sécurité juridique en matière contractuelle » (2008) 110 R. du N. 545; Pierre-André Côté, « Le souci de la sécurité juridique dans l'interprétation de la loi au Canada » (2008) 110 R. du N. 685 [Côté, «souci de la sécurité»]; Anne-Françoise Debruche, Mathieu Devinat et Anne Saris, « Préface - Actes du Xe Congrès de l'Association internationale de méthodologie juridique : Sécurité juridique/Legal certainty » (2008) 110 R. du N. 265 : Au Canada, la sécurité juridique a « suscité peu d'études approfondies dans les communautés juridiques de common law et de droit civil ».

¹⁰⁵ Anne-Françoise Debruche, Mathieu Devinat et Anne Saris, Comité organisateur, Actes du Congrès de l'Association internationale de méthodologie juridique, « Sécurité juridique/legal certainty », Sherbrooke, les 24-27 octobre 2007, (2008) 110 R. du N. aux pp. 265-727.

¹⁰⁶ Sur cette question, voir Nadeau, supra note 65 aux pp. 73-92.

¹⁰⁷ Catherine Kessedjian, « Le temps du droit au XXI e siècle - Compatibilité avec la codification? » (2005) 46 C. de D. 547 à la p. 554.

¹⁰⁸ Guy Lefebvre et Juliette d'Hollander, « La normalisation des contrats internationaux d'ingénierie » (1997) 31 R.J.T. 209 à la p. 230.

¹⁰⁹ Voir par ex. Bilodeau, supra note 127.

¹¹⁰ Voir par ex. Côté, «souci de la sécurité», supra note 127; Larouche, supra note 27 à la p. 131; Charpentier, supra note 127.

Michel Fromont et Moncef Kdhir¹¹¹. Marie-Claire Belleau et Rebecca Johnson évoquent également des auteurs européens¹¹² lorsqu'elles définissent la sécurité juridique, soit Gérard Cornu et Moncef Kdhir¹¹³. Enfin, Charlotte Lemieux évoque un auteur européen lorsqu'elle définit la notion de sécurité juridique, soit D. Foussard¹¹⁴. Cet usage rend compte de l'influence du droit européen en droit canadien. Le sens accordé par les juristes canadiens au concept semble commun à celui développé par la communauté juridique européenne. En effet, l'accessibilité¹¹⁵ (accès formel et intelligibilité du texte), la prévisibilité¹¹⁶ et la stabilité¹¹⁷ du droit recoupent l'ensemble des définitions que l'on a pu dégager de la littérature canadienne¹¹⁸. Le dialogue qui s'établit avec les juristes européens permet aux juristes canadiens de s'inspirer de ce qui se fait ailleurs et contribue au renouvellement de la réflexion relativement aux concepts, idéaux et normes juridiques reliés à la sécurité juridique. La doctrine canadienne partage avec son homologue européen un discours qui rejette et dénonce une conception trop absolue de la sécurité juridique¹¹⁹ qui serait susceptible de justifier l'injustice¹²⁰ ou d'occulter les questions juridiques fondamentales¹²¹. La valeur de sécurité

¹¹¹ Danielle Grenier, « La notion de confiance légitime et la jurisprudence des tribunaux de droit administratif » dans *Droit contemporain*, Cowansville, Yvon Blais, 1998 à la p. 487; Fromont, supra note 71 à la p. 178; Moncef Kdhir, « Vers la fin de la sécurité juridique en droit français? » (1993) 46 *Rev. admin.* à la p. 538.

¹¹² Belleau et Johnson, supra note 21 aux pp. 322-323.

¹¹³ Gérard Cornu, dir., *Vocabulaire juridique*, 7e éd., Paris, Presses Universitaires de France, 1998 aux pp. 776-777; Moncef Kdhir, supra note 134 à la p. 538.

¹¹⁴ Lemieux, supra note 127 à la p. 505; D. Foussard, « Rapport de synthèse » dans *Sécurité du droit et jurisprudence*, Entretiens de Nanterre, J.C.P. éd. Entreprise 1990 à la p. 17.

¹¹⁵ Carmen Lavallée, « À la frontière de l'éthique et du droit » (1993) 24 *R.D.U.S.* 1 aux pp. 20, 22.

¹¹⁶ Lemieux, supra note 127 à la p. 505; Côté, « souci de la sécurité », supra note 127 à la p. 687.

¹¹⁷ Charpentier, supra note 127 à la p. 547; Grenier, supra note 134.

¹¹⁸ Belleau et Johnson, supra note 21 aux pp. 323-324 : « En ce sens, la finalité de la sécurité juridique consiste en 'la recherche d'un système plus stable, accessible et prévisible' ».

¹¹⁹ Voir par ex. Belleau et Johnson, supra note 21 aux pp. 325, 334; Luc B. Tremblay, « Le normatif et le descriptif en théorie du droit » (2002-2003) 33 *R.D.U.S.* 69 aux pp. 92-93.

¹²⁰ Voir par ex. Richard Tremblay, *L'essentiel de l'interprétation des lois*, Cowansville, Yvon Blais, 2004 aux pp. 20-21 : « Une approche aussi pragmatique s'écarte évidemment d'une philosophie positiviste extrême qui recherche avant tout la prévisibilité des jugements, prévisibilité qui serait, selon ses promoteurs, garante d'une plus grande sécurité juridique. Or, on voit mal comment la mise en application d'une norme dont le sens littéral est clair, mais absurde pourrait être gage de sécurité juridique, puisqu'elle ne respecte pas les faits et a toutes les chances d'être source d'injustice »; Jeanne Simard, « L'interprétation législative au Canada : la théorie à l'épreuve de la pratique » (2001) 35 *R.J.T.* 549 à la p. 554 : « Cette conception de l'interprétation législative, en apparence rassurante pour le milieu juridique canadien, favorise la prévisibilité des décisions de justice et assure une certaine forme de sécurité dans les relations juridiques. [...] La doctrine, pour sa part, propose de plus en plus des modèles faisant appel à des valeurs plus dynamiques que celles de la stabilité des lois et de la sécurité juridique sans pour autant négliger le texte et ses différents contextes d'utilisation ».

¹²¹ Jean-François Gaudreault-Desbiens, « Identitarisation du droit et perspectivisme épistémologique. Quelques jalons pour une saisie juridique complexe de l'identitaire » (2000) 13 *Can. J.L. & Jur.* 33 aux pp. 71-74 : « Certes peut-on souhaiter une réintroduction du doute dans le procès de connaissance juridique [...] Pour bon nombre de juristes, toutefois, pareille démarche ne va pas de soi tant l'idéal positiviste de la sécurité juridique est souvent compris comme une injonction d'adhérer au dogme de l'immobilisme. En fait, la réceptivité des juristes, qu'ils soient universitaires ou praticiens, à l'idée d'un nécessaire questionnement des postulats de leur discipline, de leurs méthodes d'appréhension de certains types de faits ainsi que de l'impact de ces postulats et

juridique est utilisée par la doctrine comme un concept descriptif (parfois postulé comme souhaitable ou cela se déduit implicitement). Notamment, ce concept lui permet d'identifier les phénomènes constitutifs d'insécurité juridique. Par exemple, c'est ce que fait le professeur Jean-Luc Bilodeau lorsqu'il affirme que « les normes composant le droit québécois des valeurs mobilières connaissent une croissance faramineuse en quantité, en volume et en complexité » et que « ce phénomène nuit à la sécurité juridique des citoyens »¹²². La professeure Charlotte Lemieux utilise la même approche en relevant les « facteurs » constitutifs de sécurité ou d'insécurité juridique¹²³. Par exemple, affirme-t-elle, « [l]a rétroactivité d'une règle de droit est certainement la pire menace pour la sécurité et la prévisibilité du droit. Or, la loi interprétative offre au législateur la malheureuse possibilité de déguiser une rétroactivité substantielle en loi interprétative »¹²⁴.

Également, elle constate « l'abondance des lois rétroactives au Québec, abondance contre laquelle personne ne semble s'insurger, la loi n'est même plus en mesure d'offrir au citoyen la certitude qu'il vit sous l'empire de règles présentes et non sous celles de règles futures, dont la teneur est forcément occulte »¹²⁵. Le concept de sécurité juridique est également envisagé selon une deuxième approche en ce qu'il serait un souci implicite¹²⁶ ou une valeur qui sous-tend ou regroupe un ensemble de règles de droit positif ou d'interprétation. Sous cette forme, la sécurité juridique est considérée comme une valeur qui inspire¹²⁷ et assure le fondement¹²⁸ de certaines méthodes d'interprétation ou de règles de droit positif.

méthodes sur la pensée juridique, risque en bout de ligne d'être fonction de leur conception de ce qu'est le droit, de ce que doit être sa place dans la société et, surtout, de l'image qu'ils se font de leur propre rôle en tant que juristes. [...] Nous ne prôtons pas l'abandon complet des idéaux de sécurité juridique ou de cohérence normative, bien au contraire. Nous prôtons strictement leur abandon lorsqu'ils empêchent le questionnement juridique fondamental que nous appelons de nos vœux. Nous souhaitons en fait par là un retour à ce qui nous paraît être le fondement même de ces idéaux, soit la protection des justiciables par le truchement de normes substantielles et procédurales qui sont relativement précises, prévisibles, publiques, mais aussi perçues comme légitimes ».

¹²² Bilodeau, supra note 127 à la p. 431.

¹²³ Lemieux, supra note 127 à la p. 506 : « Nous nous proposons d'examiner la sécurité juridique que l'activité des tribunaux de droit civil est en mesure d'offrir au citoyen [...] Or, en droit civil, certains facteurs nous rapprochent du principe de sécurité juridique et certains facteurs, parfois les mêmes, mais vus sous un angle différent, nous en éloignent ».

¹²⁴ Ibid. à la p. 513.

¹²⁵ Ibid. à la p. 511.

¹²⁶ En ce sens : Pierre-André Côté, *Interprétation des lois*, 3e éd., Montréal, Thémis, 1999 aux pp. 9, 12, 13, 513; Louise Rolland, « Les Principes d'UNIDROIT et le Code civil du Québec : variations et mutations » (2002) 36 R.J.T. 583 aux pp. 594, 595, 608.

¹²⁷ En ce sens : Sylvio Normand, « La codification de 1866 : contexte et impact » dans *Droit québécois et droit français: communauté, autonomie, concordance*, Cowansville, Yvon Blais, 1993 à la p. 44; Esther Arroyo I Amayuelas, « Le Code civil catalan : choix, finalités et transplantations législatives du Code civil québécois » (2005) 46 C. de D. 271 à la p. 276. Pierre Larouche, supra note 127 à la p. 141.

En ce sens, Pierre-André Côté affirme qu'il ne fait « aucun doute que la sécurité juridique soit une préoccupation constante et parfois même déterminante dans l'établissement du sens des lois, que ce soit par le juge ou par les autres acteurs de la vie juridique au Canada »¹²⁹. Élise Charpentier estime que « le sort réservé aux contrats lésionnaires en droit québécois constitue une illustration particulièrement éloquente de la diversité des règles auxquelles la sécurité juridique a donné naissance au fil du temps »¹³⁰. Pierre Larouche considère que la sécurité juridique est « un principe inconnu de l'ordre juridique canadien », mais que « plusieurs principes à valeur constitutionnelle (non-rétroactivité des lois, principe de précision ainsi que primauté du droit) ou non (respect des droits acquis, respect des attentes légitimes, doctrine du précédent) procèdent de l'idée générale de sécurité juridique »¹³¹.

Bref, la doctrine canadienne ne considère toujours pas la sécurité juridique comme une norme juridique, mais comme un idéal qui permet d'expliquer voire de décrire ou de critiquer l'état du droit.

En ce qui concerne le discours des juges de la cour suprême, l'étude de ce discours des juges canadiens sera limitée en droit canadien aux juges de la Cour suprême du Canada. Soulignons que les tribunaux inférieurs évoquent également occasionnellement le concept de sécurité juridique dans leurs jugements¹³².

La première référence à l'expression « sécurité juridique » que nous avons recensée remonte à l'année 1989 lorsque la Cour suprême cita un ouvrage¹³³ qui utilisait cette expression¹³⁴. En 1992, la Cour suprême utilise pour la première fois l'expression dans le

¹²⁸ En ce sens : Pierre Azard, « Le problème des sources du droit civil dans la province de Québec » (1966) 44 R. du B. can. 417 à la p. 456; Stéphane Bernatchez, « Les traces du débat sur la légitimité de la justice constitutionnelle dans la jurisprudence de la Cour suprême du Canada » (2005-2006) 36 R.D.U.S. 165 à la p. 230

¹²⁹ Côté, « souci de la sécurité », supra note 127 à la p. 687.

¹³⁰ Charpentier, supra note 127 à la p. 547.

¹³¹ Larouche, supra note 27 à la p. 141.

¹³² Par ex. Brochu c. Société des loteries du Québec (Loto-Québec), 2009 QCCS 5678 au par. 91 : « Évidemment, la jurisprudence en droit privé québécois demeure un guide important. La Cour supérieure a suivi généralement la voie tracée par la Cour d'appel et la Cour suprême du Canada pour des motifs qui sautent aux yeux des praticiens. Notamment, le principe de sécurité juridique, voulant que la règle de droit jurisprudentielle reflète pour les justiciables un certain degré de certitude, prévisibilité et stabilité raisonnable, exige des motifs sérieux pour qu'un tribunal s'écarte d'un courant de jurisprudence constant et bien établi (exemple : corriger une erreur, éviter une injustice, assurer le progrès et l'évolution du droit en le réformant et rechercher la véritable intention du législateur) »; Québec (P.G.) c. Corneau, 2010 QCCS 463 (CanLII) au par. 39 : « Dans ces conditions, bien que la règle du « stare decisis » n'existe pas en droit civil québécois, le principe de la sécurité juridique commande que le Tribunal suive le courant jurisprudentiel inspiré de l'arrêt Hétu, en l'absence de motif sérieux de s'en écarter ».

¹³³ Gilles Pépin et Yves Ouellette, *Principes de contentieux administratif*, 2e éd. Cowansville, Yvon Blais, 1982 à la p. 221.

¹³⁴ Chandler c. Alberta Association of Architects, [1989] 2 R.C.S. 848 au par. 42 [Chandler].

cadre de son argumentation¹³⁵. Un an plus tard, dans l'arrêt *Domtar Inc. c. Québec (CALP)*, la Cour suprême du Canada a admis alors que la sécurité juridique est un « objectif du droit »¹³⁶. Depuis, la sécurité juridique a été considérée par la Cour comme un objectif du droit pénal¹³⁷ et du droit international privé¹³⁸.

L'objectif de sécurité juridique a été rarement évoqué par la Cour suprême¹³⁹ et il n'a jamais fait l'objet d'une définition claire ou d'une explication par le plus haut tribunal du Canada. La sécurité juridique constitue une sorte de critère qui est parfois évoqué explicitement sans qu'il fasse l'objet d'un exposé. L'évocation de la sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour suprême n'est pas significative en ce qu'elle se limite à la considérer comme un objectif ou un critère d'application de principe ou à titre d'élément d'une analyse beaucoup plus large. L'utilisation dans le discours des juges de la Cour suprême du concept de sécurité juridique demeure donc limitée et semble parfois fortuite. Dans tous les cas, la Cour n'a pas ressenti le besoin de définir le sens et les conséquences juridiques qui en découleraient.

L'introduction du concept de sécurité juridique dans le discours juridictionnel et doctrinal canadien n'a pas amené le droit canadien à reconnaître un statut formel à la sécurité juridique en droit positif. La doctrine canadienne n'a pas évolué d'une conception de la sécurité juridique en tant qu'objectif du droit vers une conception normative, comme l'a pourtant fait son homologue européen. Également, la Cour suprême n'attribue pas de statut normatif à la sécurité juridique contrairement au discours juridictionnel européen.

Enfin on peut dire que, en droit canadien, le recours à la notion de sécurité juridique et sa mise en forme discursive pourraient être le signe précurseur d'une éventuelle consécration en droit positif de la sécurité juridique. D'un point de vue hypothétique, la doctrine canadienne et le droit européen, qui contribuent à définir la sécurité juridique et s'appuient sur

¹³⁵ *Tremblay c. Québec (Commission des affaires sociales)*, [1992] 1 R.C.S. 952 [Tremblay], le juge Gonthier écrit, au nom de la Cour, à la p. 968 : « [C]et objectif de cohérence répond à un besoin de sécurité des justiciables, mais également à un impératif de justice. Les décisions de la Commission étant sans appel, c'est à la Commission elle-même qu'il revient de prévenir les incohérences décisionnelles ».

¹³⁶ *Domtar Inc. c. Québec (CALP)*, [1993] 2 R.C.S. 756 aux pp. 799-800.

¹³⁷ *Proulx c. Québec (P.G.)*, [2001] 3 R.C.S. 9 au par. 144.

¹³⁸ *GreCon Dimter Inc. c. J.R. Normand Inc.*, [2005] 2 R.C.S. 401 au par. 19 [GreCon].

¹³⁹ *Chandler*, supra note 157; *Tremblay*, supra note 158; *Domtar*, supra note 159; *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, [2003] 3 R.C.S. 3; *Lefebvre (Syndic de)*; *Tremblay (Syndic de)*, [2004] 3 R.C.S. 326; *Groupe HPS c. Bureau des services financiers*, [2003] R.J.Q. 897; *GreCon*, supra note 161; *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, [2007] 2 R.C.S. 801.

son autorité, pourraient influencer à terme la Cour suprême, qui, utilisant déjà l'expression, pourrait être tentée de consacrer dans sa jurisprudence le principe de sécurité juridique.

En particulier, il est possible que ce concept devienne à terme, un principe d'interprétation. Par exemple, en août 2009, dans le cadre d'une requête interlocutoire en Cour fédérale, un demandeur a récemment introduit le concept de sécurité juridique dans son discours à titre de principe devant guider l'interprétation des tribunaux, principe d'interprétation qui doit céder le pas au principe de démocratie dans certaines circonstances¹⁴⁰. La cour suprême a déjà reconnu l'indépendance judiciaire, le fédéralisme, la primauté du droit, le constitutionnalisme, la démocratie et la protection des minorités à titre de principes implicites de l'ordre constitutionnel canadien¹⁴¹. La Cour a d'ailleurs expressément mentionné que cette liste n'est pas limitative. Ces principes constitutionnels implicites reconnus par la Cour suprême « ont un caractère prescriptif, au sens juridique du terme [...] bien que leur justiciabilité soit variable et puisse faire l'objet de débat »¹⁴².

Ils « guident l'interprétation des dispositions explicites de la Constitution, de toute disposition législative et, généralement, de l'action gouvernementale »¹⁴³. Ainsi, le droit canadien pourrait, à l'avenir, reconnaître le statut de principe implicite de l'ordre constitutionnel à la sécurité juridique.

Évidemment, le futur est incertain sur la forme que prendra le concept de sécurité juridique en droit canadien. L'on ne peut savoir avec certitude l'impact du discours des juristes sur l'évolution du droit sur cette question et la forme qu'aura, le cas échéant, la

¹⁴⁰ Roger Collard c. La présidente d'élection du Conseil de Bande de Betsiamites, 2009 CF 812 au par. 40 : « Le demandeur note que le principe de délai de recours et de la prescription ont notamment pour fondements la stabilité et la sécurité juridique découlant de la rule of law. Or, en matière d'élection, l'objet de la loi est de préserver la confiance des citoyens envers les institutions démocratiques et d'assurer l'effectivité du principe de démocratie, deux principes qui doivent guider l'interprétation des tribunaux (voir Renvoi relatif à la sécession du Québec, [1998] 2 R.C.S. 217, 81 A.C.W.S. (3d) 798 aux par. 50, 61, 64 et 67). Le juste équilibre entre le principe de la démocratie et de la rule of law requiert la possibilité pour la présidente d'élection de proroger le délai pour contester l'élection en vertu du Code électoral pour des motifs exceptionnels ». Dans cette affaire, le Code électoral de la communauté autochtone de Betsiamites prévoyait que le délai pour interjeter appel de l'élection était de 14 jours. Le demandeur voulait faire reconnaître le pouvoir de déroger exceptionnellement à cette règle en cas d'impossibilité en fait d'agir.

¹⁴¹ Renvoi relatif à la sécession du Québec, [1998] 2 R.C.S. 217 aux par. 50, 61, 64, 67.

¹⁴² Jean-François Gaudreault-Desbiens et Diane Labrèche, « Le contexte social du droit dans le Québec contemporain », École du Barreau du Québec, Éthique, déontologie et pratique professionnelle, collection de droit, vol.1, Cowansville, Yvon Blais, 2007 à la p. 233.

¹⁴³ Ibid.

sécurité juridique¹⁴⁴. Il est permis de croire que les juristes canadiens ne pourront éviter la délicate tâche de préciser l'état du droit relativement à la sécurité juridique¹⁴⁵.

C- La sécurité juridique en droit américain

Par rapport à la plupart des expériences européennes, on peut constater un grand décalage apparent de la situation américaine. On ne trouve en effet aucune consécration formelle du principe de «sécurité juridique » ou de principes de «confiance légitime » ou «stabilité juridique » aux Etats-Unis. En effet, on ne trouve aucune trace de ce principe dans la constitution ou une consécration dans la jurisprudence. On conçoit toutefois que ce principe constitue une composante essentielle de la «Rule of law »-Etat de droit (clarté, précision, stabilité et prévisibilité de la règle de droit...) et que le système constitutionnel américain ne saurait véritablement rester étranger à ses exigences.

Pour pouvoir parler de la sécurité juridique en système juridique américain, il convient de rechercher une sorte d'existence virtuelle de ce principe à travers les composantes majeurs de ce système traduisant des exigences de sécurité juridique, il s'agit de l'exigence de non – rétroactivité, d'une manière expresse, et d'une manière implicite celle liée au respect de la clause de « due process »¹⁴⁶.

En ce qui concerne la non rétroactivité de la loi, l'article 1 section 9¹⁴⁷ de la constitution américaine prévoit ainsi, à l'égard du législateur fédéral, qu'« aucun -bill of attainder-¹⁴⁸, aucune loi rétroactive, ne pourront être adoptés ». Par ailleurs, l'article I section 10¹⁴⁹ ajoute notamment «qu'aucun État ne pourra "adopter de bill of attainder" ou de loi

¹⁴⁴ Comparer Valembois, supra note 3 à la p. 461 : « [o]n ne peut prédire la survenue de sa cause occasionnelle ni les formes qu'elle prendra ».

¹⁴⁵ Martin NADEAU ; Perspectives pour un principe de sécurité juridique en droit canadien : Les pistes du droit canadien. Publié sur :

https://www.usherbrooke.ca/droit/fileadmin/sites/droit/documents/RDUS/volume_40/Nadeau.pdf

¹⁴⁶ Guy Scoffoni, Annuaire international de justice constitutionnelle, Année 2000, 15-1999 p. 149-153.

¹⁴⁷ Clause 3 : No Bill of Attainder or ex post facto Law shall be passed."

Explanation: A bill of attainder is a way that a legislature acts as a judge and jury, declaring that a person or group of people are guilty of a crime and stating the punishment. An ex post facto law criminalizes acts retroactively, allowing people to be prosecuted for acts that weren't illegal at the time they did them.

¹⁴⁸ Aucune loi portant condamnation sans jugement

¹⁴⁹ Article I, Section 10, Clause 1:

No State shall enter into any Treaty, Alliance, or Confederation; grant Letters of Marque and Reprisal; coin Money; emit Bills of Credit; make any Thing but gold and silver Coin a Tender in Payment of Debts; pass any Bill of Attainder, ex post facto Law, or Law impairing the Obligation of Contracts, or grant any Title of Nobility.

At the time of the Civil War, the Court relied on the prohibition on treaties, alliances, or confederations in holding that the Confederation formed by the seceding states could not be recognized as having any legal existence. Today, the prohibition's practical significance lies in the limitations that it implies upon the power of the states to deal with matters having a bearing upon international relations.

rétroactive ou affaiblir par une loi, la force des contrats... ». Si on met à part la prohibition des «bills of attainder», c'est-à-dire de lois sanctionnant un individu en particulier (sorte de «jugements législatifs»), et l'interdiction de toute dénaturation par l'État du contenu de contrats entre particuliers qui permet de protéger les droits commerciaux des modifications rétroactives de lois, le principe de non-rétroactivité se trouve surtout consacré par les dispositions relatives aux ex post facto laws. En outre, la grande majorité des Constitutions des États consacrent des dispositions similaires dans le cadre des Bills of Rights placés en tête du texte fondamental.

La Cour suprême a interprété très tôt ces dispositions pour considérer notamment que les ex post facto laws ne concernaient que les textes de nature pénale, relatifs aux crimes, peines ou amendes. Ainsi dans des arrêts de 1781 et surtout de 1798, la Cour invalide de tels textes chaque fois que le changement rétroactif s'avère nuire aux parties concernées¹⁵⁰. La possibilité de dispositions rétroactives demeure par contre dans le cas de simples lois de procédure, la Cour jugeant alors que de tels changements procéduraux ne sont pas ex post facto. Des modifications rétroactives du régime de la preuve par exemple seront admises sauf si elles viennent à porter atteinte à l'exercice d'un droit substantiel.

Il convient donc de distinguer dans la jurisprudence américaine, entre les lois ex post facto et les lois «rétroactives». Seules les premières s'avèrent inconstitutionnelles, la Cour suprême soulignant ainsi dans l'arrêt *Calder v. Bull*¹⁵¹, l'intérêt de lois rétroactives telles que les lois d'amnistie ou de grâce... .

In the early case of *Holmes v. Jennison*,

Chief Justice Taney invoked it as a reason for holding that a state had no power to deliver up a fugitive from justice to a foreign state. More recently, the kindred idea that the responsibility for the conduct of foreign relations rests exclusively with the Federal Government prompted the Court to hold that, because the oil under the three-mile marginal belt along the California coast might well become the subject of international dispute, and because the ocean, including this three-mile belt, is of vital consequence to the nation in its desire to engage in commerce and to live in peace with the world, the Federal Government has paramount rights in and power over that belt, including full dominion over the resources of the soil under the water area. In *Skiriotes v. Florida*, the Court, on the other hand, ruled that this clause did not disable Florida from regulating the manner in which its own citizens may engage in sponge fishing outside its territorial waters. Speaking for a unanimous Court, Chief Justice Hughes declared, When its action does not conflict with federal legislation, the sovereign authority of the State over the conduct of its citizens upon the high seas is analogous to the sovereign authority of the United States over its citizens in like circumstances.

¹⁵⁰ sur cette question, M. DAVIS, «Le principe de non-rétroactivité des lois», Table ronde internationale, Aix-en-Provence, 11 juillet 1990, AIJC, VI-1990, *Economica*-PUAM, 1992, p. 350 et s. et J.E. NOWAK & R.D. ROTUNDA, *Constitutional Law*, West Publishing Co 1995, p. 427 et s., W. COHEN & J.-D. VARAT, *Constitutional Law, Cases and Materials*, University Casebook Series, 1997, p. 527 et s. V. ég. R. FALLON & D. MELTZER, *New Law, Non-Retroactivity and Constitutional Remedies*, Harvard Law Review, 1991, n° 8, p. 1731 et s.

¹⁵¹ *U.S. Supreme court*

Calder v. bull, 3 *U.S.* 3 *Dall.* 386 (1798)

Dans la décision *Weaver v. Graham* de 1981¹⁵², la Cour fonde son raisonnement sur la séparation des pouvoirs, considérant que si le législateur peut modifier pour l'avenir, le juge doit appliquer les décisions existantes. Elle insiste également sur la nécessité d'interdire les ex

Calder v. Bull

Syllabus

A resolution or law of the State of Connecticut setting aside a decree of a court and granting a new trial to be had before the same court is not void under the Constitution as an *ex post facto* law.

The Legislature of Connecticut, on the second Thursday of May, 1795, passed a resolution or law which set aside a decree of the Court of Probate for Hartford County made 21 March, 1793, disapproving a ♦ the will of N.M. and refusing to record the will. The act of the legislature authorized a new hearing of the case before the court of probate, and an appeal to the superior court. Afterwards the will of N.M. was confirmed by the court of probate and by the Superior Court at Hartford; and on an appeal to the Supreme Court of Errors of Connecticut the judgment of the superior court was confirmed. More than eighteen months had elapsed from the first decree of the court of probate, during which the right of appeal had been lost, and there was no law of Connecticut, before the passing of the special act of the legislature, by which a new hearing of the case could have been obtained. *Held* that the act of May, 1795, was not an *ex post facto* law prohibited by the Constitution of the United States.

¹⁵² *U.S. Supreme Court*

Weaver v. Graham, 450 U.S. 24 (1981)

Weaver v. Graham

No. 79-5780

Argued November 5, 1980

Decided February 24, 1981

450 U.S. 24

Syllabus

Held: A Florida statute repealing an earlier statute and reducing the amount of "gain time" for good conduct and obedience to prison rules deducted from a convicted prisoner's sentence is unconstitutional as an *ex post facto* law as applied to petitioner, whose crime was committed before the statute's enactment. Pp. 450 U. S. 28-36.

(a) For a criminal or penal law to be *ex post facto*, it must be retrospective, that is, it must apply to events occurring before its enactment, and it must disadvantage the offender affected by it. *Lindsey v. Washington*, 3 Dall. 386, 3 U.S. 390. It need not impair a "vested right." Even if a statute merely alters penal provisions accorded by the grace of the legislature, it violates the *Ex Post Facto* Clause if it is both retrospective and more onerous than the law in effect on the date of the offense. Pp. 450 U. S. 28-31.

(b) The effect, not the form, of the law determines whether it is *ex post facto*. Although the Florida statute, on its face, applies only after its effective date, respondent conceded that the statute is used to calculate the gain time available to prisoners, such as petitioner, convicted for acts committed before the statute's effective date. Regardless of whether or not the prospect of gain time was in some technical sense part of the petitioner's sentence, the statute substantially alters the consequences attached to a crime already completed, changing the quantum of punishment, and thus is a retrospective law which can be constitutionally applied to petitioner only if it is not to his detriment. Pp. 31-33.

(c) The Florida statute is disadvantageous to petitioner and other similarly situated prisoners. The reduction in gain time that had been available under the repealed statute for abiding by prison rules and adequately performing assigned tasks lengthens the period that someone in petitioner's position must spend in prison. It is immaterial that other statutory provisions were also enacted whereby a prisoner might earn extra gain time by satisfying extra conditions. The award of such extra gain time is purely discretionary, contingent on both the correctional authorities' wishes and the inmate's special behavior, and thus none of the provisions for extra gain time compensates for the reduction of gain time available solely for good conduct. The new provision therefore constricts the inmate's opportunity to earn early release, and thereby.

Page 450 U. S. 25.

makes more onerous the punishment for crimes committed before its enactment. Pp. 33-36.

376 So. 2d 855, reversed and remanded.

MARSHALL, J., delivered the opinion of the Court, in which BRENNAN, STEWART, WHITE, POWELL, and STEVENS, JJ., joined. BLACKMUN, J., filed an opinion concurring in the judgment, in which BURGER, C.J., joined, *post*, p. 450 U. S. 36. REHNQUIST, J., filed an opinion concurring in the judgment, *post*, p. 450 U. S. 37.

post facto laws pour permettre aux individus d'avoir une connaissance préalable et stable des lois auxquelles ils doivent se soumettre et des peines auxquelles ils s'exposent.

En matière non pénale, par contre, la rétroactivité est admissible, sous réserve de motifs légitimes et moyens raisonnables. Dans l'arrêt *Usery* de 1976, la Cour juge ainsi possible de revenir sur des droits acquis, dans des conditions raisonnables. Toutefois, en cas d'atteinte arbitraire à des droits particuliers, la prohibition de la rétroactivité en matière pénale peut aussi s'appliquer au-delà. Une telle solution repose notamment sur les exigences de due process qui traduisent, aux États-Unis, au-delà du principe de non-rétroactivité, d'autres composantes du concept de sécurité juridique.

La jurisprudence constitutionnelle de la Cour suprême en matière de « due process » consacre dans une certaine mesure, diverses exigences rattachées en Europe au principe de sécurité juridique. La clause de « due process » est ainsi invoquée à l'appui d'idées d'équité (fairness) et de stabilité des relations juridiques ou pour faire sanctionner un manque manifeste de clarté ou de prévisibilité du droit. Deux séries de décisions récentes relatives aux droits des prisonniers ou à des questions de contentieux économique illustrent en particulier de telles solutions¹⁵³.

Dans l'affaire *Sandin v. Conner* de 1995¹⁵⁴, un prisonnier hawaïen avait été placé dans une section disciplinaire de détention après avoir refusé une fouille au corps. Il considérait

¹⁵³ Op, p. 151.

¹⁵⁴ OCTOBER TERM, 1994.

Syllabus

SANDIN, UNIT TEAM MANAGER, HALAWA CORRECTIONAL FACILITY v. CONNER ET AL.

CERTIORARI TO THE UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE NINTH CIRCUIT

No. 93-1911. Argued February 28, 1995-Decided June 19, 1995

In this suit, respondent Conner alleged that petitioner and other Hawaii prison officials deprived him of procedural due process when an adjustment committee refused to allow him to present witnesses during a disciplinary hearing and then sentenced him to segregation for misconduct. The District Court granted the officials summary judgment, but the Court of Appeals reversed, concluding that Conner had a liberty interest in remaining free of disciplinary segregation and that there was a disputed question of fact whether he had received all of the process due under *Wolffv. McDonnell*, 418 U. S. 539. The court based its conclusion on a prison regulation instructing the committee to find guilt when a misconduct charge is supported by substantial evidence, reasoning that the committee's duty to find guilt was nondiscretionary. From that regulation, it drew a negative inference that the committee may not impose segregation if it does not find substantial evidence of misconduct, that this is a state-created liberty interest, and that therefore *Wolff* entitled Conner to call witnesses.

Held: Neither the Hawaii prison regulation nor the Due Process Clause itself affords Conner a protected liberty interest that would entitle him to the procedural protections set forth in *Wolff* Pp.477-488.

(a) Under *Wolff*, States may in certain circumstances create liberty interests that are protected by the Due Process Clause. But these interests will generally be limited to freedom from restraint which, while not exceeding the sentence in such an unexpected manner as to give rise to protection by the Due Process Clause of its own force, nonetheless imposes atypical and significant hardship on the inmate in relation to the ordinary

qu'un tel changement dans ses conditions de détention constituait une violation de ses droits de -due process-. Si la Cour d'appel fédérale du Neuvième Circuit avait admis que la stabilité de la situation juridique du détenu avait été, de manière injustifiée, compromise par la mesure, la Cour suprême rejette toutefois, en l'espèce, une telle solution. Dans l'opinion rédigée au nom de la Cour, le Chief Justice Rehnquist considère notamment que les tribunaux fédéraux doivent accorder «quelque déférence et flexibilité » aux autorités pénitentiaires aux prises avec un «environnement difficile », afin d'éviter les recours abusifs de prisonniers. Par contre, la Cour note que si une mesure apparaît de nature à modifier de manière est particulièrement grave et arbitraire la situation du détenu, ce qui n'était pas le cas en l'espèce pour une majorité de juges, alors ce dernier pourrait invoquer à son profit, la clause de - due process -.

Ainsi, dans une décision *Young v. Harper*¹⁵⁵, rendue l'année suivante, la Cour suprême juge qu'une mesure de révocation d'un programme de préparation à une libération anticipée peut constituer une violation des exigences de -due process -.

incidents of prison life. See also *Meachum v. Fano*, 427 U. S. 215. The methodology used in *Hewitt v. Helms*, 459 U. S. 460, and later cases has impermissibly shifted the focus of the liberty interest inquiry from one based on the nature of the deprivation to one based on language of a particular regulation. Under *Hewitt's* methodology, prison regulations, such the one in this case, have been examined to see whether mandatory language and substantive predicates create an enforceable expectation that the State would produce a particular

¹⁵⁵ OCTOBER TERM, 1996.

Syllabus

YOUNG ET AL. v. HARPER

CERTIORARI TO THE UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE TENTH CIRCUIT

No. 95-1598. Argued December 9, 1996-Decided March 18, 1997

Oklahoma's Preparole Conditional Supervision Program (preparole or Program) took effect whenever the state prisons became overcrowded and authorized the conditional release of prisoners before their sentences expired. The Pardon and Parole Board (Board) determined who could participate in it, and an inmate could be placed on preparole after serving 15% of his sentence. An inmate was eligible for parole only after one-third of his sentence had elapsed, and the Governor, based on the Board's recommendation, decided to grant parole. Program participants and parolees were released subject to similar constraints. Upon reviewing respondent's criminal record and prison conduct, the Board simultaneously recommended him for parole and released him under the Program. At that time, he had served 15 years of a life sentence. After he spent five apparently uneventful months outside the penitentiary, the Governor denied him parole, whereupon he was ordered to, and did, report back to prison. Despite his claim that his summary reincarceration deprived him of liberty without due process in violation of the Fourteenth Amendment, he was denied habeas relief by, successively, the state trial court, the Oklahoma Court of Criminal Appeals, and the Federal District Court. The Tenth Circuit reversed, holding that preparole was sufficiently like parole that a Program participant was entitled to the procedural protections set forth in *Morrissey v. Brewer*, 408 U. S. 471..

Held: The Program, as it existed when respondent was released, was equivalent to parole as understood in *Morrissey*. *Morrissey's* description of the "nature of the interest of the parolee in his continued liberty" could just as easily have applied to respondent while he was on preparole. In compliance with state procedures, he was released from prison before the expiration of his sentence. See 408 U. S., at 477. He kept his own residence; he sought, obtained, and maintained a job; and he lived a life generally free of the incidents of imprisonment. See *id.*, at 481-482. Although he was not permitted to use alcohol, to incur other than educational debt, or to travel outside the county without permission, and he was required to report regularly to a parole officer, similar limits on a parolee's liberty did not in *Morrissey* render such liberty beyond procedural protection. *Id.*, at 478. Some of the factors as-

En effet, toute modification substantielle de la situation personnelle d'un détenu, comme l'allongement pour raison disciplinaire de la détention, la révocation de régimes particuliers de détention ou le transfert en établissement psychiatrique, doit respecter un certain nombre de garanties impliquées par la clause de due process.

En outre, dans les contentieux en matière économique, la Cour suprême tend à sanctionner, notamment depuis une décision de 1984 u, toute législation jugée «arbitraire et irrationnelle », en vertu de la clause de due process. Ainsi, dans l'importante décision de 1996 *BMW of North America v*¹⁵⁶.

La Cour suprême se prononce sur le point de savoir si les dommages et intérêts considérables accordés par le jury d'un tribunal d'État peuvent constituer une violation des exigences de due process, en raison du manque de prévisibilité d'une telle condamnation.

Dans cette affaire, le docteur Ira Gore Jr, découvrant que le véhicule BMW qu'il venait d'acheter avait été repeint, avant la livraison, la peinture d'origine ayant été abîmée durant le transport depuis l'Allemagne, avait poursuivi BMW devant un tribunal d'Alabama. Le jury lui accorda au titre de dommages et intérêts-sanction, quatre millions de dollars, soit mille fois le préjudice réel subi, en raison notamment de la pratique interne de BMW de non-divulgaration de tels incidents à l'acheteur comme au concessionnaire... La Cour suprême d'Alabama réduisit de moitié le montant alloué mais conforma la validité de principe de tels dommages et intérêts. Dans une opinion du juge Stevens, la Cour suprême fédérale renverse ce jugement, affirmant que des notions élémentaires de «fairness » présentes dans la jurisprudence

¹⁵⁶ **BMW of North America, Inc. v. Gore**

United States Supreme Court

517 U.S. 559 (1996)

Facts

In 1990, Gore (plaintiff) purchased a black BMW car from an Alabama franchise of BMW of North America (defendant). After driving the car for nine months with no problems, Gore took the car into an independent detailer to embellish the car's paint. The detailer noticed that the car appeared to have been repainted. Feeling that he had been cheated, Gore brought suit in Alabama state court against BMW of North America on the grounds that its failure to disclose that the car was repainted prior to purchase constituted suppression of a material fact. He sought \$500,000 in compensatory and punitive damages and costs. At trial, BMW acknowledged that it adopted a nationwide policy in 1983 concerning cars damaged in the course of manufacture or transportation. If the cost of repairing the car was more than three percent of the car's suggested retail price, the car was repaired and sold as used. However, if the cost of repair was less than three percent of the car's retail value, the car was repaired and sold as new without advising the purchaser that the car was ever damaged. Since the cost of repainting Gore's car was only 1.5 percent of its retail value, it was repainted and sold to him as new. The jury awarded Gore \$4,000 in compensatory damages based on its finding that a repaired car was worth less than a new car and assessed \$4 million in punitive damages because it found that BMW's nondisclosure policy constituted "gross, oppressive, or malicious fraud." On appeal, the Alabama Supreme Court rejected BMW's assertion that the punitive damages violated its due process rights, but reduced the award of punitive damages to \$2 million. The United States Supreme Court granted certiorari.

constitutionnelle américaine, exigent qu'une personne soit avertie au préalable (fair notice) non seulement de la conduite susceptible de l'exposer à une sanction mais aussi de la sévérité éventuelle de la sanction qu'un Etat pourrait imposer. Or BMW n'avait reçu, selon la Cour, un semblable avertissement. Dès lors, la disparité excessive entre le préjudice subi et le montant des dommages est jugée contraire aux principes de -due process -, traduisant en l'espèce des exigences de clarté et de prévisibilité de dispositifs juridiques.

Toutefois, La jurisprudence américaine reste mesurée et ne permet pas d'envisager la consécration présente ou à venir d'un principe général de sécurité juridique ou de ses corollaires. Dans une opinion dissidente rejointe par le juge Thomas dans l'affaire BMW, le juge Scalia affirme ainsi avec vigueur que l'on ne saurait voir dans la clause de due process «le réservoir secret et illimité de garanties substantielles contre toute situation injuste... »¹⁵⁷.

La Cour suprême a d'ailleurs, dans une décision antérieure de 1994, expressément refusé la consécration au niveau constitutionnel d'un principe de «confiance légitime » (legitimate expectation). Dans l'affaire United States v. Jerry Carlton H une législation fédérale entendait favoriser l'acquisition d'actions d'entreprises par leur personnel. Lors de successions importantes, certaines déductions de droits, particulièrement avantageuses, étaient ainsi prévues, chaque fois que la moitié des actions du défunt étaient cédées au personnel de l'entreprise. Le législateur avait toutefois omis de préciser certaines conditions de détention des actions et en particulier le fait que ces actions devaient être la propriété du défunt avant le décès. L'imprécision du dispositif avait ainsi permis des opérations financières très avantageuses, par l'achat, après le décès, d'actions et leur revente immédiate aux salariés. Deux mois après l'entrée en vigueur de la législation fédérale, un amendement intervenait, sous la pression de l'Administration fiscale, pour corriger les insuffisances du dispositif. Il était précisé désormais que les actions devaient se trouver dans le patrimoine, objet de la succession, avant le décès.

Ainsi, pour la majorité de la Cour il n'existe pas de principe constitutionnel de confiance légitime invocable en l'espèce, et la rétroactivité du dispositif fiscal n'est pas contraire aux exigences du -due process -si elle est liée, de manière raisonnable, à un objectif législatif légitime.

¹⁵⁷ V. sur cette décision précitée, D. CRUMP, E. GRESSMAN & D.S. DAY, Cases and Materials on Constitutional law , 3e éd., Casebook series, Matthew & Bender 1998, p. 452 et s.

Finalement, on peut dire que le système américain permet seulement d'invoquer dans des situations manifestement arbitraires et injustes, la clause de -due process- pour faire sanctionner un manque de clarté ou de prévisibilité dans les relations juridiques. Mais aucun principe général de «sécurité juridique » ne se trouve consacré. La doctrine américaine semble au demeurant le considérer comme non nécessaire (les principes de primauté du droit, d'habeas corpus et surtout de -due process -paraissant suffisamment efficaces) voire comme dangereux pour la légitimité du juge dans la mesure où il pourrait conduire à des appréciations «subjectives » de la part des juges. Le contentieux constitutionnel américain, traduit cependant quelques possibilité d'invocation de la sécurité juridique sous-jacente à la clause de -due process-. Ainsi, lorsque les garanties infra-constitutionnelles (procédures administratives d'information, association à la décision, etc.) ne suffisent pas, les exigences constitutionnelles de -due process- , peuvent servir de soupape de sécurité au système.

Section 2 : la rétroactivité de la règle de droit

Toute règle de droit a pour objet d'assurer la prévisibilité des rapports juridiques entre les sujets de droit¹⁵⁸. Cette prévisibilité est compromise lorsque le législateur décide d'appliquer une loi nouvelle à des situations juridiques antérieures ou à ses effets passés. Dès lors, « admettre un effet rétroactif de la loi créerait un état de trouble intolérable pour les relations juridiques et détruirait tout sentiment de confiance dans la sécurité du droit »¹⁵⁹. La sécurité juridique est donc étroitement liée à l'application dans le temps des normes juridiques. La non-rétroactivité des règles de droit participe de l'essence de l'Etat de droit¹⁶⁰.

Toutefois, en dehors de la matière pénale protégée par le conseil constitutionnel¹⁶¹, la non-rétroactivité des lois est une simple règle d'interprétation qui ne s'impose au juge qu'en

¹⁵⁸ Cf. en ce sens, B.Oppetit : l'hypothèse du déclin du droit, Droits, n°4, 1987, p.19 : « l'état de droit c'est d'abord la prévisibilité des normes ».

¹⁵⁹ P.ROUBIER : Le droit transitoire, 2ème éd, Paris, Dalloz-Sirey, 1960,223 ; Pour Portalis, « partout où la rétroactivité serait admise, non seulement la sureté n'existerait plus, mais son ombre même » : exposé des motifs du projet de loi intitulé : Titre préliminaire de la publication, des effets et de l'application des lois en général, in discours, rapports et travaux inédits sur le code civil, par Jean-Etienne-Marie PORTALIS , publiés par F. PORTALIS, Paris, Joubert , Librairie de la cour de cassation, 1844, P : 142 et s., spéc. p : 151 ; également J.HERON : Etude structurale de l'application des lois dans le temps (à partir du droit civil). RTDciv. 1985 ; p : 277, spéc ., p : 300 ; n°33 : » La rétroactivité constitue toujours et par principe une mauvaise solution. Contra : F. DEKEUWER-DEFOSSEZ : les dispositions transitoires dans la législation civile contemporaine, pré .M . GOBERT, LGDJ,Bibl, dr. Priv., t. 151, 1977, p. 168, n° 167 : l'auteur montre que la rétroactivité apparaît parfois bénéfiques.

¹⁶⁰ J. RIVERO : Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle, AJDA, 1968, p : 15

¹⁶¹ Le conseil constitutionnel a, en effet, estimé qu'en matière pénale l'article 8 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 aux termes duquel, « la loi ne peut établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement

l'absence de manifestation d'une volonté législative contraire évidente¹⁶². En effet, la non-rétroactivité peut ne pas correspondre aux besoins de la société. Dans ce cas, il convient de laisser au législateur le soin d'apprécier s'il y a lieu, ou non, de faire rétroagir la loi.

Le principe de non-rétroactivité souffre de plusieurs dérogations de fondement et d'importance variable, parmi elles on peut citer les lois interprétatives (**Sous-section 1**), et les lois de validation (**Sous-section 2**). Ces lois apparaissent comme des exceptions sensibles risquant d'entraver le fonctionnement du pouvoir juridictionnel. En cela, elles confortent l'aspiration à la reconnaissance d'un principe de sécurité juridique qui généraliserait la non-rétroactivité du droit.

Sous-section 1 : les lois interprétatives

Une loi est interprétative lorsqu'elle vient seulement de "préciser et expliquer le sens obscur et contesté d'un texte déjà existant".

Parmi les caractéristiques des lois ordinaires on peut citer la rétroactivité des lois interprétatives, pour pouvoir maîtriser le risque d'usurpation afin que cette rétroactivité illégale (**A**) ne puisse détruire la sécurité juridique. Si la garantie du contrôle de la réalité des lois interprétatives n'est pas respecté (**B**), ce risque peut apparaître plus grand.

A- Une rétroactivité illégale

Les tribunaux, et pour pouvoir trancher souverainement les litiges, possèdent du principe de séparation des pouvoirs, et cela s'applique aussi à ceux pour lesquels une interprétation de la loi est nécessaire, sachant qu'il n'existe aucun texte qui donne le droit ou même qui interdit le législateur d'interpréter les textes qu'il vote. Cette pratique abolie par la loi des 1er – 2 avril 1837¹⁶³.

au délit, et légalement appliquée », conférait au principe de non-rétroactivité une valeur constitutionnelle ; voir Cons. Const. 19 et 20 janvier 1981, D. 1982, 441 ; JCP 1981, II, 1970, qui pose également la dérogation de la rétroactivité in mitius : « la loi pénale nouvelle droit, lorsqu'elle prononce des peines moins sévères que la loi ancienne, s'appliquer aux infractions commises avant son entrée en vigueur et n'ayant pas donné lieu à des condamnations passées en force de chose jugée ».

¹⁶² E. BEN MERZOUK : La sécurité juridique en droit positif, une valeur irréductible à la norme, préc, p : 92

¹⁶³ DEMOLOMBE atténue considérablement la portée de cette abolition ; à son sens, elle signifie que l'interprétation législative ne sera plus forcée : « elle sera par conséquent plus rare...mais elle ne serait pas logique ni prudent d'en conclure...qu'il n'y a pas en France, d'interprétation des lois par voies législatives. Ce mode d'interprétation est fondé sur une nécessité publique, politique ; il a été de tout temps admis ; et il est plus nécessaire que jamais aujourd'hui sous l'empire d'une législation uniforme », Cours de Code Napoléon, t.I, n°123, p.144.

La précision de la cour de cassation française dans ces termes suivant, détermine ce qu'il faut entendre par loi interprétative : « une loi ne peut être considérée comme interprétative que tant qu'elle se borne à reconnaître, sans rien innover, un droit préexistant qu'une définition imparfaite a rendu susceptible de controverse »¹⁶⁴.

On peut dire que l'élément déterminant est celui de l'existence d'une règle de droit qui n'est pas précise. Là, vient le rôle du législateur qui doit intervenir pour mettre fin à l'ambiguïté de la loi ancienne en la précisant tout en conservant son contenu. Ce qui permet de renforcer la sécurité juridique¹⁶⁵. Lorsque cette loi nouvelle a le même champ d'application, elle fait corps avec le texte interprété¹⁶⁶.

Il y a des cas fréquents, où le législateur annonce injustement qu'une loi est interprétative, tandis qu'elle est modificative en réalité, en la rendant rétroactive sans le dire¹⁶⁷. De cette façon, dans le cadre d'interprétation des lois anciennes, certaines lois nouvelles modifient l'ordonnement juridique et éludent le principe de non-rétroactivité des lois nouvelles pour pouvoir s'appliquer à des situations juridiques passées. Cependant, les lois faussement interprétatives résultant de la multiplication des lois interprétatives peuvent porter gravement atteinte à la sécurité juridique des justiciables.

Ce dispositif constitue une exigence en matière pénale, afin de permettre aux tribunaux d'appliquer la loi dans les meilleures circonstances.

B- L'inefficacité du contrôle

Pour mieux cerner l'intérêt d'avoir recours au principe de sécurité juridique en existence d'une disposition faussement interprétative, deux situations doivent être envisagées : la première est celle qui concerne les lois implicitement interprétatives qui ne

¹⁶⁴ Cass. Soc., 3 octobre 1957, Bull. civ.v, n°899, p. 636.

¹⁶⁵ Pour M.LESAGE, au contraire, non seulement la pratique des lois interprétatives ne trouve aucun fondement juridique valable mais encore « elle conduit à des conséquences dont le législateur ne se rend pas souvent compte et qui ne peuvent que donner aux justiciables l'impression d'une mauvaise justice » : les interventions du législateur dans la fonction de la justice (contribution à l'étude du principe de séparation des pouvoirs), paris, 1960, bibliothèque de droit public, t.XXVIII, p. 110 et s.

¹⁶⁶ Baudry Lacontinerie et Houques-Fourcade : traité de droit civil,t,I : « la loi interprétative fait corps avec celle qu'elle interprète. C'est la première loi elle-même, rendue plus claire ; on l'appliquera donc naturellement aux rapports anciens nés sous l'empire de la loi avec laquelle elle se confondra ».

¹⁶⁷ J.Carbonnier, Droit civil, préc ; R.Lindon : perfections et imperfections de la décision judiciaire, D.1973,chron.145, qui dénonce le procédé des lois interprétatives comme étant une atteinte à l'œuvre de la justice : « ce procédé est vraiment fâcheux et est de nature à ruiner la confiance que les justiciables peuvent avoir dans la justice ».

pourrait pas justifier ce principe, et la deuxième concernant les lois expressément interprétatives qui pourrait le justifier.

La cour de cassation a précisé, en ce qui concerne les lois implicitement interprétatives, que « le caractère interprétatif d'une loi ne peut se déduire que de l'intention claire et formelle du législateur de préciser, d'expliquer le sens obscur et contesté d'un texte déjà existant »¹⁶⁸. Dans ce sens, le juge doit restituer à la loi sa véritable nature, en cas d'absence de précision claire par le législateur qu'une loi présente un caractère interprétatif. Il doit donc en faire une application rétroactive quand il s'agit d'une réelle loi interprétative. Le juge doit, au contraire, écarter cette rétroactivité insidieuse à l'égard des situations juridiques antérieures dans le cas des lois faussement interprétatives ; dès son entrée en vigueur, la loi pourra être appliquée. Le juge, investi du pouvoir d'interprétation, a le droit de soustraire légitimement ladite loi à toute rétroactivité, en cas de silence du législateur. Dans ce cas, on peut dire que le juge a assuré le contrôle de l'existence du caractère interprétatif de la loi nouvelle, tout en exerçant son pouvoir d'appréciation.

A propos des lois dont le caractère interprétatif est conféré expressément par le législateur¹⁶⁹, la solution est controversée. Dans ce cas, en raison de la volonté clairement exprimée par le législateur et parce que la rétroactivité est inhérente à la notion de loi interprétative, ladite loi, même faussement interprétative, est assimilable à une loi expressément rétroactive qui, en tant que telle, déroge au principe de l'article 2 du code civil. Il suffirait alors au législateur de désigner expressément comme interprétative une loi ordinaire pour pouvoir contourner aisément l'interdiction de la rétroactivité des lois nouvelles et anéantir toute prévisibilité des situations juridiques¹⁷⁰.

L'intervention du législateur en cas de décision juridictionnelle qui ne convient pas à une certaine catégorie de citoyens constitue un grand danger pour la sécurité juridique. Cette pratique abusive du législateur présente de graves inconvénients au plan de l'égalité des justiciables, notamment au stade du pouvoir en cassation.

¹⁶⁸ Cass.soc., 20 mars 1956, Bull.civ.IV, n°294, p. 211.

¹⁶⁹ Loi dite d'interprétation par détermination de la loi.

¹⁷⁰ E.PIERRE : Traité de droit politique électoral et parlementaire, 1893, p.88 : « L'interprétation des lois pour le passé, à l'égard des actes accompli par voies doctrinales, est la mission du juge qui ne peut, aux termes de l'article 4 du code civil, refuser de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi. Mais l'interprétation pour l'avenir par voies d'autorité, reste dans le domaine du pouvoir législatif : cette interprétation doit se faire non au moyen d'une loi qui s'incorpore dans la loi existante, mais au moyen d'une loi nouvelle et distincte qui modifie ou abroge tout ou partie de la loi ancienne ».

La question qui se pose ici, est celle de savoir si le juge peut restituer à la loi nouvelle sa véritable portée. La doctrine n'a pas trouvé de réponse jusqu'à maintenant, ce qui impose l'émergence d'un principe de sécurité juridique dans notre système juridique.

Le juge doit obéir à la qualification retenue par le législateur, selon Marty et Raynaud, bien que la loi soit faussement interprétative, tant que le législateur est le seul qui a droit de légiférer, le doyen Roubier a partagé également la même conception qui repose sur le principe de séparation des pouvoirs, et selon la loi de 1790 et qui interdit aux tribunaux de « prendre, directement ou indirectement, part à l'exercice du pouvoir législatif, ni empêcher ou suspendre l'exécution des décrets du corps législatif à peine de forfaiture ».

Sous-section 2 : les lois de validation

Le mécanisme complexe des lois de validation sert fréquemment de prétexte à la reconnaissance du principe de sécurité juridique afin de lutter contre la rétroactivité de ces dispositions. Il convient donc de le décrire afin de mieux observer l'inutilité d'un tel principe en la matière.

On commence tout d'abord par la définition du terme de « validation législative », qui désigne la situation dans laquelle « le gouvernement et, par son intermédiaire, l'administration, demandent au législateur de maintenir en vigueur des dispositions ou des situations individuelles, irrégulières qui devraient disparaître si l'on respectait les règles de droit qui s'imposent à l'exécutif »¹⁷¹.

On peut dire que le mécanisme des validations se révèle un paradoxe. Pour rétablir la sécurité juridique menacée par les effets rétroactifs d'une décision de justice, le législateur

¹⁷¹ B.Mathieu : Les « validations » législatives, pratique législative et jurisprudence constitutionnelle, coll. Droit public positif, éd. Economica, 1987, p.3, également p. 37 : « la validation législative est une intervention du législateur visant à préserver, totalement ou partiellement, du contrôle juridictionnel (ou de ses effets) des dispositions contenues dans un acte administratif » ; voir également la thèse de M. Lesage : les interventions du législateur dans le fonctionnement de la justice(contribution à l'étude de la séparation des pouvoirs), p. 305, la validation y est définie comme étant « l'opération par laquelle le législateur entend empêcher le juge d'annuler des actes juridiques en raison d'un vice particulier ou pour quelque motif que ce soit » ou si l'acte a déjà été annulé comme « l'opération par laquelle le législateur rend à nouveau valide, en le réintroduisant dans l'ordonnement juridique, un acte juridique qui vient d'être annulé ou privé d'efficacité par une juridiction », ; cf.J.M.Auby : les validations législatives, revue de droit prospectif n° 3 et 4, 1977, p. 14 : « l'intervention d'un acte législatif pris postérieurement à un ou plusieurs actes administratifs qui, en déclarant valide (ou une formule analogue) ces actes ou certains de leurs effets, a pour (seul) objet et pour (seule) conséquence d'empêcher le contrôle juridictionnel (ou administratif) de la régularité de ces actes, ou encore si ce contrôle a déjà été effectué d'en faire disparaître les conséquences » ; J.Massot, validation législative, Encyclopédie Dalloz, contentieux administratif ; Vocabulaire juridique CAPITANT, (dir. G.CORNU), V° « Validation » : « intervention du législateur en forme de loi destinée, à titre rétroactif ou préventif, à valider de manière expresse, indirecte ou même implicite un acte administratif annulé ou susceptible de l'être ».

intervient par le biais d'une loi rétroactive, ça d'une part ; et d'autre part, cette faculté porte atteinte à la séparation des pouvoirs¹⁷².

Ainsi, pour permettre un équilibre entre ses avantages et ses inconvénients, cette pratique ne doit être qu'exceptionnelle et être entourée de précautions nécessaires.

Tout contrôle de la part du juge ordinaire sur les lois de validation est exclu par le pouvoir lui-même qui permet au législateur d'imposer sa volonté au juge. Néanmoins il demeure soumis à l'éventuelle censure du Conseil constitutionnel français, ce dernier l'a encadré et semble contrôler efficacement l'arbitrage effectué par le législateur entre les pouvoirs du juge et les exigences de l'administration. L'application de la convention européenne des droits de l'homme, et qui a permis au juge ordinaire de retrouver un pouvoir de contrôle, renforce cette protection.

On ne peut pas parler du renforcement du contrôle de constitutionnalité des lois de validation sans évocation de la décision du 22 juillet 1980¹⁷³. Qui a marqué la volonté du conseil constitutionnel d'encadrer strictement les lois de validation¹⁷⁴ tout en précisant des conditions exactes à leur constitutionnalité. Cependant, ces lois sont soumises à l'existence d'un motif d'intérêt général suffisant (le conseil reconnaît comme but d'intérêt général : le fonctionnement continu du service public et le déroulement normal des carrières du personnel). Elles doivent ensuite préserver le principe de non-rétroactivité des lois pénales plus sévères. Ces lois obéissent enfin au respect des décisions de justice passées en force de chose jugée¹⁷⁵ ainsi que des prescriptions légalement acquise avant l'entrée en vigueur de la loi conformément au respect du principe de la séparation des pouvoirs.

Ce contrôle a été renforcé depuis pour pouvoir se rapprocher de la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme. Ainsi, les conditions initiales ont connu d'autres exigences qui se sont greffées. L'acte par exemple ne doit contrevenir à aucune règle, ni aucun

¹⁷² Une loi qui se substitue à un acte administratif annulé, prive simultanément d'effets la décision juridictionnelle d'annulation. Et peut se révéler, de ce fait, dangereuse pour les droits individuels des justiciables.

¹⁷³ Le conseil constitutionnel a mis un frein à la pratique des validations législatives en précisant « qu'il n'appartient ni au législateur, ni au gouvernement de censurer les décisions des juridictions, d'adresser à celle-ci des injonctions et de substituer à elle dans le jugement des litiges relevant de leurs compétences » ; Cons. const. 22 juillet 1980, n°80 /119 DC, Rec. CC, p.46 ; RDP 1980, 1658. Chro. L. FAVOREU ; AJDA 1980, 602, note G. Garcassonne ; L. Favoreu et L. Philip : Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, 8ème éd. Paris, Dalloz, 1995, thème 29, p. 404 et s.

¹⁷⁴ B. Pacteau : les validations législatives sous la VIIIème législature, LPA, 4 Novembre 1988, n°133, p. 2, spéc., p. 7.

¹⁷⁵ La non-rétroactivité juridictionnelle.

principe constitutionnel, sauf à ce que le but d'intérêt général visé par la validation soit lui-même de valeur constitutionnelle¹⁷⁶.

Le conseil constitutionnel a fait du caractère limité de la portée de la validation une condition de constitutionnalité¹⁷⁷.

L'ensemble de ces exigences demeurent cependant, pour certains, en deçà de celles de la cour de Strasbourg et ne traduit pas pour autant un contrôle strict. A propos du garde fou exigeant que les validations poursuivent un but d'intérêt général, le conseil constitutionnel n'a certes pas admis la constitutionnalité des motifs purement financiers. Il a cependant dérogé à cette règle par une exception de taille. Lorsque l'absence de validation est susceptible d'affecter les conditions d'un équilibre financier protégé par une exigence constitutionnelle¹⁷⁸.

Dans ce sens, le conseil constitutionnel a énoncé, aux termes de sa décision n°93-393 DC du 18 Décembre 1997, que le législateur ne peut user de son pouvoir de validation « qu'en considération de motifs d'intérêt général ou liés à des exigences constitutionnelles ». Tel était le cas de l'équilibre financier de la sécurité sociale, le juge constitutionnel se livre alors à un véritable contrôle de proportionnalité¹⁷⁹.

A travers le contrôle de leur conventionalité par le biais de l'article 6-1 de la convention européenne des droits de l'homme, qui s'oppose à toute intervention du législateur dans le cours normal¹⁸⁰, une alternative au contrôle de constitutionnalité des lois de validation est apparue. Ainsi, certains inconvénients apparaissent suite à ce contrôle complémentaire et parallèle au contrôle de constitutionnalité des validations législatives.

¹⁷⁶ Cons. Const. 19 novembre 1997, n°97-390 DC, loi organique relative à la fiscalité applicable à la Polynésie française, RDP, 1998, n°1p. 33 ; RJF, 4/98, n°576, Cons const. 18 Décembre 1997, n°97-393 DC. Loi de financement de la sécurité sociale pour 1998.

¹⁷⁷ X. Pretot ; les validations législatives et le droit au procès équitable, préc., spéc, p. 32. Voir également B.Mathieu : Les validations législatives devant le juge de Strasbourg : une réaction rapide du conseil constitutionnel mais une décision lourde de menaces pour l'avenir de la juridiction constitutionnelle, RFDA 2000, p. 289 : « Le conseil a su tirer rapidement les leçons de la cour européenne des droits de l'homme et, surtout , (...) il a su faire en s'appuyant solidement sur le droit constitutionnel national dont il a renforcé la cohérence en matière de garantie des droits » (p. 296). Egalement cons const. 29 Décembre 1999, n°99-425 DC, loi de finances rectificative pour 1999, où le conseil confirme que le caractère limité de la validation est une condition de sa constitutionnalité.

¹⁷⁸ Emma Ben Merzouk, La sécurité juridique en droit positif, une valeur irréductible à la norme, précit , p. 106

¹⁷⁹ Sur le développement du contrôle de proportionnalité au sein de la jurisprudence constitutionnelle , cf. G.Drago : Droit constitutionnel processuel, janvier -décembre 1997, Revue générale des procédures, n°2/1998, spéc., p. 281 et s.

¹⁸⁰ Article 6 CEDH, « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur des droits et obligations de caractère civil, soit du bien fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle(...) ». Cf. CEDH : 28 octobre 1999, MM . Zielinski, Pradal , Gonzales et autres c/ France, pré.

La sécurité juridique des justiciables est renforcée, malgré tout, par la confrontation des lois de validation aux garanties d'un procès équitable, tout en instaurant un deuxième contrôle aux caractéristiques, surtout celles qui concernent l'examen de la conventionalité des lois par le juge ordinaire.

Conclusion du chapitre I

Il est difficile de reprocher assurément à la doctrine de qualifier la sécurité juridique de « notion vague et non dépourvue d'un certain verbalisme »¹⁸¹. Partir à l'exploration substantielle de la sécurité juridique en droit européen, puis en droit de la Convention, est une aventure périlleuse tant la notion revêt des formes et des aspects variés. La nébulosité notoire des notions et « sous-principes » qui la composent rend difficile toute entreprise de systématisation sémantique. Il apparaîtrait néanmoins prématuré et catégorique de conclure à l'absence de définition de la sécurité juridique, car si « la sécurité juridique est plurivoque, elle n'en est pas pour autant équivoque »¹⁸². Si la diversité de ses dérivés pourrait être perçue comme des manifestations de traditions juridiques divergentes, elle ne constitue nullement un obstacle à l'existence d'un « jus commun » européen de sécurité juridique. Une brève analyse comparative a pu démontrer que la majorité des États européens intègre sous le label « sécurité juridique » un ensemble d'éléments certes hétéroclites, mais dont le contenu s'harmonise peu à peu grâce à des phénomènes de circularité et – de compétitivité¹⁸³ – entre les prétoires européens et nationaux. Cela étant, et indépendamment de sa nationalité ou de son origine, la sécurité juridique est toujours synonyme de prévisibilité, de certitude, de clarté, de précision d'accessibilité, de confiance, de stabilité, de bonne foi, de bonne administration de la justice, et de cohérence. En outre, les conceptions de la sécurité juridique européenne et nationales ont en commun une même architecture arborescente qui explique la tendance caractéristique de la sécurité juridique à la dérivation conceptuelle. Prosaïquement, l'État de droit et la Rule of law forment les racines du « tronc sécurité juridique », et les différentes déclinaisons ses ramifications qui, elles-mêmes, donnent naissance à de nouveaux «bougeons» qui alimenteront la conceptualisation future de la sécurité juridique.

Le droit de la Convention européenne de droit de l'homme, à l'évidence, n'échappe pas à cette structure conceptuelle, qui est à la fois le fruit de l'interprétation constructive du juge et de la conséquence de la réception de ce sens européen. Cette arborescence constitue la force du principe car elle atteste d'une appropriation sophistiquée – bien que perfectible –

¹⁸¹ F. POLLAUD-DULIAN, À propos de la sécurité juridique, RTD Civ., 2001, p. 491.

¹⁸² B. PACTEAU, La sécurité juridique, un principe qui nous manque ?, AJDA, 1995, n° H.S, p. 151-155.

¹⁸³ « Dans un contexte sinon de "guerre des juges", du moins de concurrence larvée entre des juridictions toutes désireuses d'incarner plus et mieux que les autres la défense du Droit dans l'imaginaire collectif. Une fois l'expression intégrée par une juridiction, il est difficile aux autres juges de lui laisser le monopole de cette référence, sous peine cette fois d'apparaître "en retard" l'analyse stratégique fait apparaître une sorte de contrainte mimétique qui demeure néanmoins juridique [...]. L'imbrication entre la recherche de légitimité et la quête d'extension des pouvoirs des juges est ici totale, l'une justifiant l'autre », P. RAIMBAULT, La sécurité juridique, nouvelle ressource argumentative, op. cit., p. 535-536.

d'une notion réadaptée aux objectifs d'effectivité du droit de la Convention. Après avoir analysé l'appropriation d'« un » principe, reste encore à évaluer la pertinence de sa nature conceptuelle¹⁸⁴.

¹⁸⁴ Hélène HARDY, Le principe de sécurité juridique au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme, thèse de droit Sous la direction de M. Le Professeur Frédéric SUDRE, 19 novembre 2019, p. 124.

Chapitre II : La désignation ambiguë du principe de sécurité juridique

Érigée dès sa consécration comme un « principe »¹⁸⁵, la sécurité juridique suscite rapidement les faveurs du juge de la Cour, qui lui octroie une place prépondérante au sein de sa jurisprudence. « Nécessairement inhérent au droit de la Convention »¹⁸⁶, appartenant aux valeurs « sous-jacentes »¹⁸⁷ du système conventionnel, ces formules élogieuses ne peuvent que favoriser une adhésion quasi unanime de son caractère principal. Cependant, cette proclamation catégorique ne parvient pas à dissimuler l'obscurité entourant les fondements de cette identification. Grande absente des travaux préparatoires du Conseil de l'Europe et du texte de la Convention européenne des droits de l'homme¹⁸⁸, la sécurité juridique est dépourvue de toute définition textuelle ou prétorienne¹⁸⁹, ce que la Cour admet d'elle-même en reconnaissant qu'elle est « implicite dans l'ensemble des articles de la Convention »¹⁹⁰. Cette imprécision globale érode la légitimité du juge quant à l'affirmation d'un « principe » de sécurité juridique¹⁹¹, d'autant plus que la notion souffre d'une polymorphie manifeste. La Cour n'utilise en effet pas moins d'une dizaine d'expressions en référence à la sécurité juridique. Évoquant souvent la seule « sécurité juridique »¹⁹², la « sécurité des rapports juridiques »¹⁹³ ou encore la « sécurité juridique des liens familiaux »¹⁹⁴, la Cour la qualifie parfois comme un « intérêt »¹⁹⁵, « une exigence »¹⁹⁶, « un souci »¹⁹⁷, « un facteur »¹⁹⁸, voire même « un angle »¹⁹⁹ ou « un degré »²⁰⁰.

¹⁸⁵ CEDH, Plén., 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, req. n° 6833/74, série A. 31 (GACEDH, 2019, n° 51).

¹⁸⁶ *Ibid.*, §58.

¹⁸⁷ 9 CEDH, Gde. Ch., 7 février 2013, *Fabris c. France*, req. n° 16574/08, Rec. 2013-I, §66 (JCP G, 2013, act. 242, obs. F. SUDRE).

¹⁸⁸ S'il est possible de rattacher indirectement la sécurité juridique à la clause d'ordre public, cette acceptation n'englobe pas l'ensemble de ses composantes sémantiques.

¹⁸⁹ La seule définition jurisprudentielle est celle du juge MARTENS qui énonce de manière lacunaire que la sécurité juridique est « comprise comme empêchant le "désordre juridique" », opinion partiellement dissidente du juge MARTENS jointe à l'arrêt CEDH, Ch., 29 novembre 1991, *Vermeire c. Belgique*, req. n° 12849/87, série A. 214-C, pt. 9.

¹⁹⁰ CEDH, 28 mars 2000, *Baranowski c. Pologne*, req. n° 28358/95, Rec. 2000-III, §56 ; CEDH, 6 décembre 2007, *Beian c. Roumanie*, req. n° 30658/05, Rec. 2007-V, §39 ; CEDH, Gde. Ch., 20 octobre 2011, *Nejdet Şahin et Perihanreq. n° 13279/05*, §56 (JCP G, 2012, doct. 87, F. SUDRE) ; CEDH, Gde. Ch., 29 novembre 2016, *Paroisse Gréco-Catholique Lupeni et autres c. Roumanie*, req. n° 76943/11, §116.

¹⁹¹ *Supra*, n° 1-3.

¹⁹² Voy. par ex., CEDH, Gde. Ch., 5 février 2015, *Bochan c. Ukraine* (n° 2), req. n° 22251/08, Rec. 2015-I, §30.

¹⁹³ CEDH, Gde. Ch., 28 octobre 1999, *Brumărescu c. Roumanie*, req. n° 28342/95, Rec. 1999-VII, §62 (JCP G, 2000, I, 203, 10, obs. F. SUDRE).

¹⁹⁴ CEDH, 12 janvier 2006, *Mizzi c. Malte*, req. n° 26111/02, Rec. 2006-I, §114 ; CEDH, 19 juillet 2016, *Călin et autres c. Roumanie*, req. n° 25057/11, 34739/11 et 20316/12, §101.

¹⁹⁵ CEDH, Plén., 27 septembre 1990, *Cossey c. Royaume-Uni*, req. n°10843/84, série A. 184, §35.

¹⁹⁶ CEDH, Gde. Ch., 20 octobre 2011, *Nejdet Şahin et Perihan Şahin c. Turquie*, req. n° 13279/05, §55 (JCP G, 2012, doct. 87, F. SUDRE).

¹⁹⁷ CEDH, Gde. Ch., 12 novembre 2008, *Demir et Baykara c. Turquie*, req. n° 34503/97, §6 (GACEDH, 2019, n°64).

Le juge oscille aussi avec la qualification de « valeur »²⁰¹. S'il est vrai que cet imbroglio formel est exclu dans la version anglaise des arrêts de la Cour – qui fait référence systématiquement au principe du “legal certainty”²⁰² – une telle confusion vient éprouver la pertinence de sa proclamation théorique en tant que « principe ». Le constat de cette polymorphie incite en conséquence à examiner le bien-fondé de cette qualification. Outrepassant les obstacles engendrés par le foisonnement obscur des controverses doctrinales, la construction d'une typologie générale des critères d'identification d'un principe se révèle nécessaire pour attester de la véracité (ou de l'impertinence) de la nature principielle de la sécurité juridique (**Section 1**). Cependant, cette exploration conceptuelle ne saurait s'achever sans franchir le cap de sa catégorisation. Véritable « principe caméléon », sa souplesse interprétative lui confère une capacité adaptative ouvrant la porte à une pluralité de catégories possibles. S'il dispose de certaines similitudes avec les principes fondamentaux ainsi que les principes généraux du droit, qu'aucune de ces classifications ne fournit une réponse pleinement satisfaisante pour englober toutes les subtilités conceptuelles du principe. Devant procéder à une classification « sur mesure » seyant à sa malléabilité interprétative, le choix d'un principe général s'impose alors comme la catégorisation la plus pertinente (**Section 2**).

¹⁹⁸ CEDH, Ch., 18 juin 1971, De Wilde, Ooms et Versyp ("vagabondage") c. Belgique, req. n° 2832/66, 2835/66 et 2899/66, série A. 12, §50 (GACEDH, 2019, n° 20) ; CEDH, 29 avril 1988, Belilos c. Suisse, req. n° 10328/83, série A. 132, §59 (RGDIP, 1989, 273, note G. COHEN-JONATHAN).

¹⁹⁹ CEDH, Gde. Ch., 15 novembre 2016, A. et B. c. Norvège, req. n° 24130/11 et 29758/11, Rec. 2010-VI, §59 (GACEDH, 2019, n° 26).

²⁰⁰ CEDH, 27 mai 2010, Sarica et Dilaver c. Turquie, req. n° 11765/05, §45

²⁰¹ « Ainsi le veulent la sécurité juridique et la prééminence du droit, qui font partie des valeurs fondamentales sous-jacentes à la Convention », CEDH, Gde. Ch., 13 décembre 2016, Béláné Nagy c. Hongrie, req. n° 53080/13, §89. On observera que la qualification de « valeur » est toutefois moins répandue que celle de « principe ».

²⁰² Par contraste avec la polymorphie française, la Cour emploie systématiquement le “principal of legal certainty” dans la version anglaise des arrêts. Peu de réponses peuvent être apportées pour justifier l'existence d'une telle variabilité sémantique. Il arrive parfois à la Cour de privilégier la version française par rapport à la version anglaise aux fins d'extension de la protection des droits conventionnels, comme le démontre le Professeur Jean-Pierre MARGUENAUD (J-P. MARGUENAUD, « Le rayonnement interprétatif de la version française de la CEDH », in *L'homme et le droit. En hommage au Professeur Jean-François FLAUSS*, Pedone, Paris, coll. « Mélanges », 2014, p. 555-570). En droit de l'Union, les divergences linguistiques et de traduction ont pu faire l'objet d'études majeures, voy. par ex. A BAILLEUX (dir.), Y. CARTUYVELS (dir.) H. DUMONT (dir.) et F. OST, *Traduction et droits européens : enjeux d'une rencontre. Hommage au recteur Michel VAN DE KERCHOVE*, FUSB, Bruxelles, 2009. Pour le droit de la Convention, il existe qu'un nombre limité d'articles consacrés aux langues et à la linguistique (J. BRANNAN, *Le rôle du traducteur à la Cour européenne des droits de l'homme*, Traduire, 2009, p. 24-35 ; P. DUPARC-PORTIER et A. MASSON, *La question des langues en Europe : entre paradoxes et divergences juridiques*, RTDH, 2007/72, p. 1051-1085). À notre sens, cette multitude d'expressions traduirait une volonté prétorienne de mettre en exergue les différences d'intensité et de normativité de la sécurité juridique.

Section 1 : Une nature principielle incertaine

La nature juridique de la sécurité juridique en droit interne, est sujette à discussions. Alors qu'en droit administratif sa nature principielle fait l'unanimité²⁰³, la doctrine constitutionnaliste tâtonne entre la qualification de « principe »²⁰⁴ et celle de simple « exigence »²⁰⁵. Si la Cour de cassation ne manifeste aucune réticence à la qualifier de « principe »²⁰⁶, cette question divise la doctrine. Certains affichent une position circonspecte en la reléguant au rang d'une simple exigence²⁰⁷, tandis que d'autres s'interrogent sur l'émergence potentiel d'un droit fondamental à la sécurité juridique, en réponse à son inflation exponentielle dans les discours juridiques et politiques²⁰⁸.

À défaut d'apporter une réponse claire, cette hétérogénéité doctrinale ne fait qu'aggraver malheureusement le mystère autour de la sécurité juridique. Au niveau européen, la qualification de sa nature principielle ne soulève a priori aucune difficulté dans les travaux consacrés aux principes en droit de la Convention. C'est le cas du Professeur Mouloud BOUMGHAR, qui affirme que toute reconnaissance formelle emporte « potentiellement la qualification de principe au sens conceptuel du terme », précisant que « la réalité formelle deviendra l'un des éléments de définition notionnelle »²⁰⁹. C'est le cas également de Madame Katarzyna GRABARCZYK qui le classifie parmi les principes généraux conventionnels, aux côtés de la prééminence du droit, de la proportionnalité et de la dignité humaine²¹⁰. Bien qu'adoptant des approches différentes, ces études se fondent sur la création prétorienne de la sécurité juridique par la Cour européenne. Pourtant, sa polymorphie interroge toujours sur la

²⁰³ Supra, n° 100.

²⁰⁴ Voy. par ex. B. MATHIEU, *Réflexion en guise de réflexion sur le principe de sécurité juridique*, CCC, 2001, n°11.

²⁰⁵ A-L. VALEMBLOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, LGDJ, Paris, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », 2005, t. 22.

²⁰⁶ Supra, n° 101 et infra, n° 651.

²⁰⁷ N. MOLFESSIS, *La portée des revirements de jurisprudence*, RTD Civ., 1998, n° 1, p. 210 ; A. CRISTEAU, *L'exigence de sécurité juridique*, Recueil Dalloz, 2002, p. 2814 ; F. POLLAUD-DULIAN, *À propos de la sécurité juridique*, RTD Civ., 2001, p. 491.

²⁰⁸ « Le droit positif doit mieux prendre en compte le besoin individuel de sécurité juridique sans que cela se fasse au détriment de la lisibilité du droit objectif lui-même, c'est-à-dire sans que cela conduise à une véritable pulvérisation du droit objectif [...] au détriment de l'ordre de la cohérence et de la prévisibilité [...]. C'est la raison pour laquelle la possibilité offerte aux sujets de droit de faire valoir un droit subjectif à la sécurité juridique doit être strictement circonscrite », in T. PIAZZON, *La sécurité juridique*, Defrénois, Paris, coll. « Doctorat & Notariat », 2009, t. 35, p. 433.

²⁰⁹ M. BOUMGHAR, *Une approche de la notion de principe dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme*, Pedone, Paris, coll. « Publications de la fondation Marangopoulos pour les droits de l'homme », 2010, p. 24-26.

²¹⁰ K. GRABARCZYK, *Les principes généraux dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, PUAM, Aix-Marseille, 2008.

pertinence de cette qualification. Comme le relève le Professeur Patrick MORVAN, « les principes juridiques sont abondamment mis à contribution pour ne rien exprimer »²¹¹. C'est pourquoi, avant d'aller plus loin dans notre étude, il convient de déterminer si, au-delà de l'apparence formelle d'un principe, il existe bel et bien substantiellement et conceptuellement d'un principe de sécurité juridique en droit de la Convention. D'emblée, l'identification de sa nature principielle s'avère labyrinthique, d'abord en raison des incertitudes provenant de la notion de « principe » (**Sous-section1**) et ensuite, en raison des incertitudes intrinsèques liées à la polymorphie du « principe » de sécurité juridique tel qu'interprété par la Cour européenne (**Sous-section2**).

Sous –section 1 : Les ambiguïtés extrinsèques provenant de la notion de «principe»

Puisqu'il est plus aisé de définir la sécurité juridique par ce qu'elle n'est pas que par ce qu'elle est, il convient donc de débiter avec les incompatibilités conceptuelles de la notion de principe, qui pourront être exclues directement du champ de l'étude du fait de leur inadaptation ou de leur incompatibilité théoriques ou conceptuelles avec le principe de sécurité juridique dégagé par le juge (**A**). Cette élimination permettra de mettre en évidence sa compatibilité avec d'autres catégories telles que les valeurs et les normes (**B**).

A- Les incompatibilités conceptuelles du « principe » de sécurité juridique

Un principe se définit traditionnellement, comme « une règle ou une norme générale de caractère non juridique d'où peuvent être déduites des normes juridiques »²¹². Cette définition générique retient la double qualification ambiguë de norme et de règle de droit²¹³. En outre, la question de la qualification en tant que « droit fondamental » n'est pas dénuée d'intérêt face à la pauvreté des manuels consacrant une partie de leur contenu à cette question²¹⁴, et en comparaison avec l'intérêt contemporain consacré à cette thématique²¹⁵.

²¹¹ P. MORVAN, « Principes », in D. ALLAND, S. RIALS, Dictionnaire de la culture juridique, PUF, Paris, coll. « Quadrige-Dicos Poche », 2003, p. 1201-1205.

²¹² G. CORNU, Vocabulaire juridique, PUF, Paris, coll. « Quadrige Dicos poche », 2018, 12ème éd., p. 806-807

²¹³ Cette confusion s'observe également dans les travaux de Michel VIRALLY. Évoquant dans un premier temps la commodité de l'expression « principe » pour désigner « des normes plus générales et abstraites », il les reconnaît quelques lignes plus loin comme des « règles juridiques abstraites » qui ont vocation s'appliquer à une pluralité de situations concrètes, in M. VIRALLY, « Le rôle des "principes" dans le développement du droit international », in Mélanges en hommage à Paul GUGGENHEIM, Éd. Faculté de droit de l'université de Genève, Genève, p. 531-554, spéc. p. 533.

²¹⁴ Trois manuels seulement évoquent la question d'un « droit à la sécurité juridique » : D. CHAGNOLLAUD, G. G. DRAGO, Dictionnaire des droits fondamentaux, Dalloz, Paris, 2010, 2ème éd., p. 669-672 ; L. FAVOREU, Droit des libertés fondamentales, Dalloz, Paris, 7ème éd., 2015, p. 406-415, ainsi que J-L. BERGEL, Théorie générale du droit, Dalloz, Paris, coll. « Méthodes du droit », 2012, 5ème éd., p. 42-44. S'ils réfutent cette hypothèse en droit interne, aucun des deux n'effectue en revanche de transposition catégorielle avec la sécurité juridique interprétée en droit de la Convention européenne des droits de l'homme.

Pourtant ni la qualification de règle de droit, ni celle de droit fondamental, ne paraissent compatible avec la notion de principe, ni correspondre aux spécificités du principe de sécurité juridique.

En ce qui concerne l'exclusion prudente d'une « règle » de droit, et selon Ronald DWORKIN, si les règles juridiques et les principes appartiennent tous deux à la catégorie des normes juridiques, ils se distinguent par leur mode de production et par leurs effets en droit positif²¹⁶. En effet, « une norme "précise" – dont une "règle" – est une norme immédiatement susceptible d'application à des cas concrets : une norme qui peut être utilisée en tant que prémisse majeure dans le syllogisme juridictionnel [...] une norme structurellement vague – donc un "principe" – est une norme qui, d'un côté exige la création d'autres normes [...] pour lui donner la capacité de résoudre des cas concrets. Mais de l'autre côté, elle peut bien être exécutée ou concrétisée de plusieurs façons différentes et alternatives »²¹⁷. Au-delà l'opulence des écrits doctrinaux sur cette distinction, trois éléments de différenciation emportent majoritairement la conviction des théoriciens et seront également ceux retenus dans le cadre de cette étude.

Le premier critère est celui de la généralité, étant entendue selon le Professeur Denys DE BECHILLON comme l'aptitude d'une norme à pouvoir s'appliquer à un nombre indéterminé de situations²¹⁸. La pertinence d'un tel critère est fréquemment critiquée. Malgré l'impossibilité d'en donner une « définition satisfaisante »²¹⁹, une règle de droit est une règle de conduite précise, générale, abstraite et obligatoire²²⁰, disposant en ce sens d'un contenu prescriptif, prohibitif ou permissif. Elle sert également de « référence » ou de « modèle » déterminant comment les choses doivent être²²¹. À la différence des règles, les principes sont réputés imprécis. « Ils orientent la décision, en offrant des arguments pour une certaine solution, mais ils ne la déterminent pas »²²². Pourtant, tout principe a une vocation naturelle

²¹⁵ M-A. GRANGER, Existe-il un « droit fondamental à la sécurité » ?, RSC, 2009, p. 273-296 ; P-J. PARARAS, « Le droit à la sécurité », in L'homme dans la société internationale. Mélanges en hommage au professeur Paul TAVERNIER, Bruylant, Bruxelles, 2013, p. 889-898 ; M. AFROUKH, L'émergence d'un droit à la sécurité des personnes dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme ?, RDP, 2015, n° 1, p. 139 ; P. JOURDAIN, « Existe-il un droit subjectif à la sécurité ? » in N. NICOD, Qu'en est-il de la sécurité des personnes et des biens ?, Actes du colloque des 19 et 20 octobre 2006, Presses universitaires des sciences sociales de Toulouse, 2008, n° 7, p. 77-83.

²¹⁶ R. DWORKIN, Prendre les droits au sérieux, PUF, Paris, 1995, p. 123.

²¹⁷ R. GUASTINI, « Les principes de droit en tant que source de perplexité », in S. CAUDAL (dir.), Les principes en droit, Economica, Paris, coll. « Études juridiques », 2008, n° 30, p. 113-123, spéc. p. 116.

²¹⁸ D. DE BECHILLON, Qu'est-ce qu'une règle de droit ?, Éd. Odile Jacob, Paris, 1997, p. 28-33.

²¹⁹ J. DABIN, Théorie générale du droit, Dalloz, Paris, 1969, 3ème éd., p. 17.

²²⁰ S. GUINCHARD (dir.), T. DEBARD (dir.), Lexique des termes juridiques, Dalloz, Paris, 2016, 24ème éd., p. 925.

²²¹ A. JEAMMAUD, La règle de droit comme modèle, Recueil Dalloz, 1990, p. 199, spéc. p. 200.

²²² R. GUASTINI, « Les principes de droit en tant que source de perplexité », op. cit., p. 116

vers la généralité, tout comme la règle de droit. En ce sens, la Professeure Sylvie CAUDAL s'interroge sur la pertinence pratique de cette distinction, puisque le juge fait tout autant référence au caractère général des principes qu'à celui des règles juridiques. Cela étant, elle rejette le critère de la généralité comme preuve d'identification des principes, estimant que « le critère de distinction n'est pas toujours apparent, et lorsqu'il est explicité [...] ce n'est pas la généralité qui est visée mais plutôt le caractère supplétif ou impératif de ces normes [...]. Or, ce critère n'a nullement vocation à être généralisé à la distinction d'ensemble entre règles et principes »²²³. Tendant tous les deux à la généralité, leur distinction s'opère davantage sur leur degré d'application, comme le relève Jean BOULANGER. Selon cet auteur, « la règle juridique est générale en ce qu'elle est établie pour un nombre indéterminé d'actes et de faits [...] elle est édictée en vue d'une situation juridique déterminée. Un principe, au contraire, est général en ce qu'il comporte une série indéfinie d'applications »²²⁴.

Le second critère s'attache à l'origine de la norme juridique, la règle étant issue d'une autorité habilitée à produire du droit tandis que les principes sont l'œuvre du juge dans sa recherche de la « bonne réponse »²²⁵. Que les principes soient donc « inventés » ou « découverts » par un juge²²⁶, ils s'articulent en complément des règles de droit. Finalement, il importe peu que cette action soit le produit de la « bouche de la loi » ou bien la preuve irréfutable d'un pouvoir discrétionnaire²²⁷ du moment que l'autorité émettrice est compétente pour produire et interpréter du droit. Puisque la Cour est compétente pour trancher « toutes les questions concernant l'interprétation et l'application de la Convention et de ses protocoles qui lui seront soumises »²²⁸, la question de la compétence ne semble pas poser de difficultés particulières et démontre davantage l'existence d'un principe que d'une « règle » de sécurité juridique dans sa jurisprudence.

²²³ S. CAUDAL, « Rapport introductif », in S. CAUDAL (dir.), *Les principes en droit*, op. cit., p. 1-19, spéc. p. 8.

²²⁴ J. BOULANGER, « Principes généraux et droit positif », in *Le droit privé au milieu du XXème siècle. Études offertes à Georges RIPERT*, LGDJ, Paris, 1950, t. 1, n° 5, p. 56 ; voy. également L. ROBERT-WANG, « Règle de droit », in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Paris, « Quadrige-Dicos Poche », 2003, p. 1326-1329.

²²⁵ G. TUSSEAU, « Métathéorie de la notion de principe dans la théorie du droit contemporaine. » In *Les principes en droit*, edited by Sylvie CAUDAL, 75–112. Paris: Editions Economica, 2008.. p. 84-86.

²²⁶ E. MAULIIN, « L'invention des principes », in S. CAUDAL (dir.), *Les principes en droit*, op. cit., p. 23-47, spéc. p. 26.

²²⁷ Si pour Ronald DWORKIN, le juge ne fait que rechercher « la bonne réponse » conformément à la règle de droit selon l'idéal-type représenté par la figure de Hercule. A contrario le Professeur Franck MODERNE pense que la reconnaissance même d'une lacune implique ipso facto « un jugement de valeur sur le caractère complet du droit positif existant » et procède d'une interprétation discrétionnaire, in F. MODERNE, *Légitimité des principes généraux et théorie du droit*, RFDA, 1999, p. 728.

²²⁸ Article 32 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Le dernier critère – le plus important – est celui qui a inspiré la célèbre maxime dworkienne du « tout ou rien », selon laquelle les règles et les principes se distinguent non pas en fonction de leur contenu ou de leur force juridique, mais selon leur mode d'application²²⁹. En effet, les règles de droit ont vocation à s'appliquer pour des cas juridiques identifiés comme tels. Cela étant, dans l'hypothèse d'un conflit entre deux règles de droit, seule la règle valide aura vocation à s'appliquer à tous cas les préalablement identifiés²³⁰. Or, la validité des principes n'est pas immuable, et dépend en réalité « du poids ou de l'importance »²³¹ que le juge lui donnera en fonction du cas spécifique. Pour le dire autrement, les principes impliquent une pondération de la part du juge qui « doit prendre en considération le poids relatif de chacun d'eux »²³² pour trouver la solution au litige et le trancher. À cette fin, le Professeur Robert ALEXY souligne que les règles relèvent de la subsumption en raison de leur validité ou de leur invalidité, tandis que les principes forment des « mandats d'optimisation » pouvant être conciliés entre eux²³³. Ce mécanisme engendre deux conséquences majeures. La première est l'instauration d'une « loi de compétition » correspondant à une prévalence relative d'un principe sur l'autre²³⁴. La seconde — consécutive à la première — est celle de l'arbitraire inévitable du juge dans l'accomplissement de cette pondération, puisqu'il dispose d'une plus grande souplesse interprétative dans la conciliation d'un principe que dans celle d'un droit²³⁵. Ces constatations sont transposables à la sécurité juridique. D'abord, elle est intégrée au contrôle de proportionnalité. C'est sous l'angle du principe de sécurité juridique que la Cour évalue la conventionalité des délais nationaux sous l'angle de l'article 6§1 en vérifiant que la législation nationale ne porte pas atteinte de manière disproportionnée au principe²³⁶. Ensuite, ce principe n'a pas vocation à être absolu et doit s'effacer par rapport à d'autres objectifs comme la mutabilité du droit ou le progrès des normes²³⁷. Son utilisation n'est pas aussi rigide qu'une règle de droit. Il bénéficie

²²⁹ R. DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux*, 01.11.1998., p. 84-85.

²³⁰ *Ibid.*, p. 143-145.

²³¹ *Ibid.*, p. 84.

²³² G. TUSSEAU, « Métathéorie de la notion de principe », *op. cit.*, p. 84-86.

²³³ R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, ScharnkrumpVerlag GmbH, Allemagne, 1994 ; G. TUSSEAU, « Métathéorie de la notion de principe », *op. cit.*, spéc. p. 95-97.

²³⁴ *Ibid.*, p. 90-99.

²³⁵ *Ibid.*, p. 97.

²³⁶ CEDH, 20 juillet 2004, *Nikitine c. Russie*, req. n° 50178/99, Rec. 2004-VIII, §56.

²³⁷ « La Cour ne se trouve pas liée par ses décisions antérieures [...]. Elle a toutefois coutume d'en suivre et appliquer les enseignements, dans l'intérêt de la sécurité juridique et du développement cohérent de la jurisprudence relative à la Convention. Cela ne l'empêcherait pourtant pas de s'en écarter si des raisons impérieuses lui paraissaient le demander. Un tel revirement pourrait, par exemple, se justifier s'il servait à garantir que l'interprétation de la Convention cadre avec l'évolution de la société et demeure conforme aux conditions actuelles », CEDH, Plén., 27 septembre 1990, *Cossey c. Royaume-Uni*, req. n° 10843/84, série A. 184, §35.

d'une certaine souplesse, la sécurité juridique prenant parfois la forme d'un simple argument²³⁸. Enfin, il est sujet à une interprétation malléable du juge qui lui permet de s'adapter à une multitude de cas, et favorise de la sorte l'interprétation casuistique. Visiblement, la qualification d'un principe de sécurité juridique est l'illustration d'un choix prétorien pour conserver et illustrer cette adaptabilité propre aux principes conventionnels²³⁹. C'est pourquoi la qualification de « règle » de sécurité juridique doit être exclue. Il en va de même pour celle de « droit fondamental ».

Quant à l'exclusion justifiée d'un « droit fondamental », la notion de ce dernier, entant que produit d'importation germanique²⁴⁰, est toujours aussi controversée²⁴¹. Qu'elle soit assimilée aux « droits de valeur constitutionnelle »²⁴², et conçue simplement comme un prolongement des « libertés publiques »²⁴³, qu'elle soit le fruit d'une « juridicisation »²⁴⁴ des droits de l'homme, ou du « continuel surgissement » du droit²⁴⁵, son absence de définition précise²⁴⁶ et de catégorisation expresse²⁴⁷ lui vaut la désignation négative de « mot-valise fourre-tout »²⁴⁸.

²³⁸ Sur l'usage argumentatif du principe de sécurité juridique, voy. infra, n° 394.

²³⁹ Cette souplesse est inhérente à sa qualification en tant que principe interprétatif et in fine, en tant que principe général, voy. infra, n° 215.

²⁴⁰ À l'instar de la sécurité juridique, le concept de « droit fondamental » est inscrit dans la Loi fondamentale allemande du 23 mai 1949 aux articles 1 à 19 (Section I : « Les droits fondamentaux »). Pour plus de précisions concernant l'émergence historique des droits fondamentaux en Allemagne, voy. M. FROMONT, « Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la République fédérale d'Allemagne », in Recueil d'Études en hommage à Charles Eisenmann, Éd. Cujas, Paris, 1975, p. 69-64 ; O. JOUANJAN, La théorie allemande des droits fondamentaux, AJDA, 1998, n° spéc., p. 44-51 ; D. CAPITANT, Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne, LGDJ, Paris, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », 2001, t. 87.

²⁴¹ De manière particulièrement citrique, le Professeur Patrick WACHSMANN regrettait l'intégration prématurée d'un tel concept en droit français au regard des lacunes inhérentes à la justice constitutionnelle. Il a pu ainsi souligner que « le droit français est loin d'avoir atteint la "perfection" [...] de sorte que l'étiquette "droits fondamentaux" est largement usurpée [...] », relevant l'"outrecuidance" de la comparaison avec le droit allemand, voy. P. WACHSMANN, « L'importation en France de la notion des droits fondamentaux », RUDH, 2004, p. 40-49, spéc. p. 40. Pour un autre point de vue critique, voy. A. TROIANIELLO, Les droits fondamentaux, fossoyeurs du constitutionnalisme ?, Le Débat, 2003/2, n° 124, p. 58-72.

²⁴² V. CHAMPEIL-DESPLATS, La notion de droit « fondamental » et le droit constitutionnel français, Dalloz, 1995, p. 323.

²⁴³ P. WACHSMANN, L'importation en France de la notion des « droits fondamentaux », 2010p. 40-49, spéc. p. 40. <https://www.cairn.info/droits-et-liberte-fondamentaux--9782130579717-page-5.htm>

²⁴⁴ L. FAVOREU, Droit des libertés fondamentales, Dalloz, Paris, 2015, 7ème éd., p. 73-77.

²⁴⁵ E. PICARD, L'émergence des droits fondamentaux en France, AJDA, 1998, n° spéc., p. 6.

²⁴⁶ La notion de droit fondamental est dépourvue tant de définition textuelle que prétorienne en droit français. Elle entre pour la première fois dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel en 1990 lorsque qu'il mentionne les « libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle » concernant le respect des engagements internationaux, sans toutefois en apporter une définition explicite ou une liste exhaustive des droits concernés, voy. C.C, Loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé, 22 janvier 1990, n° 98-269 DC, pt. 33.

²⁴⁷ G. PECES-BARBA MARTINEZ effectue une classification matérielle en distinguant les droits relatifs à la personne en soi des droits dans la société, G. PECES-BARBA MARTINEZ, Théorie générale des droits fondamentaux, LGDJ, Paris, 2004, p. 409-414.

²⁴⁸ G. CORNU, Vocabulaire juridique, op. cit., p. 466-467.

À défaut de trouver une définition suffisamment unanime sur les contours d'un tel concept²⁴⁹, il convient dans un premier temps de relever les éléments permettant de « savoir pourquoi un droit, une liberté, une garantie, un principe sont "fondamentaux" » puis, dans un second temps, d'en faire la transposition à la sécurité juridique conventionnelle pour déterminer si elle peut entrer dans cette catégorie conceptuelle.

Dans un cadre théorique approximatif, et à cause des insuffisances notoires qui englobent la notion de « droit fondamental »²⁵⁰, la précision pour déterminer des critères constitutifs en raison de leur relativité est difficile. Cette difficulté imprègne également la théorie des critères constitutifs d'un droit fondamental d'un État. Même si elle est tombée dans une forme de désuétude, elle semble faire l'objet d'une redécouverte dans les droits européens, redécouverte qui offrira un éclairage supplémentaire sur les critères constitutifs d'un droit fondamental.

Les droits fondamentaux Selon la célèbre définition du Doyen Louis FAVOREU, correspondent « aux droits et libertés protégés par des normes constitutionnelles ou (et) européennes et internationales »²⁵¹, privilégiant de la sorte une approche formelle liée à la consécration en droit subjectif. À la vue de l'abondance de la littérature doctrinale sur la notion de droit subjectif²⁵², cette étude se limitera à sa définition générique. Les droits subjectifs sont majoritairement compris comme « des prérogatives [...] que le droit objectif consacre et sauvegarde au profit des sujets de droit »²⁵³, formant une « permission à laquelle répondent des obligations correspondantes de la part des destinataires appropriés »²⁵⁴. Or,

²⁴⁹ Ces divergences portent sur la substitution des « libertés publiques » et des « libertés fondamentales » par les droits fondamentaux. Si elle engendre « un changement d'approche dans la question des libertés et de leur protection » (M-J. REDOR, Garantie juridictionnelle et droits fondamentaux, Cahier de la recherche en droit fondamental, 2002, n° 1, p. 92), elle provoque également des interrogations sur leur catégorisation autonome par rapport à ces « libertés publiques ». Pour plus de détails, voy. P. WACHSMANN, L'importation en France de la notion des « droits fondamentaux », op. cit., p. 40- 49 ; E. PICARD, L'émergence des droits fondamentaux en France, op. cit., p. 6 ; V. CHAMPEIL-DESPLATS, La notion de droit « fondamental » et le droit constitutionnel français, op. cit., p. 323 ; L. FAVOREU, Droit des libertés fondamentales, Dalloz, Paris, 7ème éd., 2015, p. 63-108 ; M-L PAVIA, Éléments de réflexion sur la notion de droit fondamental, LPA, 1994, n° 54, p. 9. Pour une étude approfondie et détaillée sur la question, voy. S. ETOA, Le passage des « libertés publiques » aux droits fondamentaux. Analyse des discours juridiques français, Mare & Martin, 2017, spéc. p. 207.

²⁵⁰ V. CHAMPEIL-DESPLATS, La notion de droit « fondamental » et le droit constitutionnel français, op. cit., p.323.

²⁵¹ Sur ce constat, E. BALLOT, Les insuffisances de la notion de droits fondamentaux, Mare & Martin, Paris, coll. « Bibliothèque des thèses », 2014.

²⁵² Pour un panel exhaustif des courants et débats doctrinaux entourant la notion de droit subjectif, nous renvoyons notamment à D. GUTMAN « Droit subjectif », in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), Dictionnaire de la culture juridique, PUF, Paris, coll. « Quadrige-Dicos Poche », 2003, p. 529-533. Pour une vision théorique des droits subjectifs, voy. P. MOOR, « "Droit subjectif " et "sujet de droit" dans une théorie du droit comme processus », in Études en l'honneur de Gérard Timsit, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 141-167.

²⁵³ F. TERRE, Introduction générale au droit, Dalloz, Paris, 2006, p. 161.

²⁵⁴ L. FAVOREU, Droit des libertés fondamentales, op. cit., p. 104. Le Professeur Jean-Louis BERGEL en donne également une définition élargie : « ce sont des prérogatives attribuées à des individus ou des groupes

cette acception présuppose d'ériger la justiciabilité et la garantie juridictionnelle comme éléments de définition²⁵⁵. Là encore, les divergences doctrinales sont multiples. Alors que le Professeur Étienne PICARD ne retient pas la garantie juridictionnelle comme un critère prépondérant, puisqu'elle constitue à la fois le moyen et la conséquence de la fondamentalité²⁵⁶, d'autres auteurs en font une condition sine qua non à sa qualification²⁵⁷. Cela étant, il apparaît préférable de se placer sur le second critère de la justiciabilité. Toujours selon le Doyen Louis FAVOREAU, « la justiciabilité des droits fondamentaux est liée à leur caractère de droit subjectif, du fait qu'il s'agit de droits subjectifs. Les individus pourront demander [...] la protection de leurs droits fondamentaux »²⁵⁸. C'est donc ce critère qui fonderait l'existence d'un droit subjectif, et indirectement, celle d'un droit fondamental.

Le Professeur Étienne PICARD adopte, a contrario, une approche substantielle axée sur la fondamentalité intrinsèque du droit. Éclipsant la perspective formelle²⁵⁹, il définit les droits fondamentaux comme des droits « suffisamment essentiels au jurislature, et qui s'avèrent susceptibles de prévaloir contre telle autre prétention qui pourrait s'y opposer », précisant que « ces prétentions peuvent être des pouvoirs, des compétences, voire d'autres droits, d'autres principes juridiques ou diverses exigences »²⁶⁰. Ce faisant, la « fondamentalité » est le produit d'un « effet de prévalence »²⁶¹. Elle peut provenir de sources multiples, allant d'une norme formelle – nationale ou supranationale – à une interprétation prétorienne lui

d'individus reconnues et protégées par le droit subjectif, et qui leur confèrent certains pouvoirs leur permettant de préserver leurs intérêts dans un domaine réservé, en imposant à autrui le respect de leur droit», in J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz, Paris, coll. « Méthodes du droit », 2012, 5ème éd., p. 39-40.

²⁵⁵ Comme le souligne le Professeur Marie-Joël REDOR, « puisqu'il n'y a pas de droit sans sanction juridictionnelle, le droit fondamental est nécessairement assorti d'une telle sanction ; la garantie juridictionnelle est donc un élément de définition du droit fondamental en tant qu'il est d'abord un droit », M.-J. REDOR, *Garantie juridictionnelle et droits fondamentaux*, op. cit., p. 93.

²⁵⁶ E. PICARD, *L'émergence des droits fondamentaux en France*, op. cit. p. 6. De même, les Professeurs Dominique CHAGNOLLAUD et Guillaume DRAGO soulignent qu'en matière de libertés fondamentales « le critère de la protection juridictionnelle n'est pas constitutif d'un indice de reconnaissance mais plutôt d'une conséquence liée à l'importance du caractère fondamental d'une liberté qui est dès lors fondée sur l'appréciation du juge », en l'occurrence constitutionnel, in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO, *Dictionnaire des droits fondamentaux*, op. cit., p. 284-285.

²⁵⁷ L'existence d'un contrôle juridictionnel est régulièrement intégrée dans les critères d'identification d'un droit fondamental, peu importe le droit en cause, voy. en ce sens M.-A. GRANGER, *Existe-il un « droit fondamental à la sécurité » ?*, op. cit., p. 280 et O. LECUCQ, « Existe-t-il un droit fondamental au séjour des étrangers ? », in *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis FAVOREU*, Dalloz, Paris, 2007, p. 1637- 1650.

²⁵⁸ L. FAVOREU et al., *Droit constitutionnel*, Dalloz, Paris, 2009, p. 788.

²⁵⁹ « Ce n'est pas tant le droit formel qui produit les droits fondamentaux ; ce sont bien plutôt les droits fondamentaux qui saisissent le droit et le charpentent en sa structure générale : ses différentes catégories techniques et formelles tendent à assurer cette prévalence, mais sans qu'aucune d'elles ne parvienne à épuiser le fond général et commun de ces droits fondamentaux », E. PICARD, *L'émergence des droits fondamentaux en France*, op. cit., p. 6.

²⁶⁰ Ibidem.

²⁶¹ Ibidem.

conférant des effets « infra et extra normatifs »²⁶². Elle est également variable dans ses effets en raison de la relativité des droits, formant en ce sens une « échelle de fundamentalité »²⁶³. Partant, un droit fondamental est un droit « prééminent » par « essence » et placé « au fondement » de tout système juridique²⁶⁴.

Le Professeur Véronique CHAMPEIL-DESPLATS adjoint à cette définition deux autres critères. Le premier est la dimension structurelle du droit fondamental dans le sens où « il fonde un ensemble ou un sous-ensemble ordonné de normes qui en dérivent. Il en assure l'identité, la validité et la cohérence ». Le second est un critère lié à l'universalité du droit en ce qu'il s'inscrit dans la plupart des ordres juridiques nationaux et internationaux²⁶⁵. Bien que ces critères se rapprochent des deux autres, ils apportent quelques éclairages essentiels pour déterminer si le principe de sécurité juridique est – ou non – un droit fondamental. Avant de répondre définitivement à cette question, un rapide regard sur la définition des droits fondamentaux sous le prisme étatique paraît légitime dans la mesure où le principe est dorénavant invoqué par les États parties à la Convention européenne des droits de l'homme²⁶⁶.

Concernant l'anachronisme des critères constitutifs d'un droit fondamental de l'État, à première vue, suggérer l'idée qu'il puisse exister des droits fondamentaux pour les États paraît inopportun puisqu'ils ont d'abord été pensés et construits contre ces derniers²⁶⁷, pourtant, cette dernière a connu un certain succès dans les courants jus naturalistes²⁶⁸. La théorie « étatisée » des droits fondamentaux repose sur une conception subjectiviste d'un « État personne » conçu comme un sujet souverain de droit international²⁶⁹. Entendus comme des « êtres collectifs [...] les États, comme les individus physiques, ont des droits et des

²⁶² Ibidem.

²⁶³ Ibidem.

²⁶⁴ Ibidem.

²⁶⁵ V. CHAMPEIL-DESPLATS, « L'affirmation des droits fondamentaux : quelles significations ? Quelles conséquences ? », Les Cahiers français : document d'actualité, La Documentation française, Paris, 2010, p. 19-23, spéc. p. 22. Lire du même auteur La notion de droit « fondamental » et le droit constitutionnel français, Dalloz, 1995, p. 324.

²⁶⁶ Infra, n° 376

²⁶⁷ P. WACHSMANN, « Droits fondamentaux et personnes morales », in J-C. BARBATO (dir.), J-D. MOUTON (dir.), Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États membres de l'Union européenne ? Réflexions à partir des notions d'identité et de solidarité, Actes du colloque du 21 septembre 2007 et 3 avril 2009, Bruylant, Bruxelles, coll. « Droit de l'Union européenne », 2010, p. 225-235, spéc. p. 232

²⁶⁸ Pour un résumé des facteurs historiques et doctrinaux de la théorie des droits fondamentaux, voy, notamment G. GIDEL, Droits et devoirs des nations, théorie classique des droits fondamentaux des États, RCADI, 1925, n° 10, p. 546-592.

²⁶⁹ O. DE FROUVILLE, Une conception démocratique du droit international, Revue européenne de sciences sociales, 2001, n° 120, p. 101-144, spéc. p. 102-110.

devoirs réciproques [...] nécessaires à leur fin, à la réalisation de leur but : la satisfaction du besoin primordial de sociabilité »²⁷⁰. Selon les travaux de Christian WOLFF, les États possèderaient des « droits fondamentaux » absolus, inviolables et inaliénables²⁷¹ qui seraient l'expression de leur liberté souveraine²⁷². Allant jusqu'à leur attribuer une valeur constitutionnelle, ils regroupent plus généralement les qualités et attributs spécifiques d'un État²⁷³. S'inspirant de la distinction classique entre les droits primitifs et les droits secondaires²⁷⁴, Louis LE FUR soulève deux définitions de la notion de « droit fondamental ». La première – la plus communément admise – correspond à l'ensemble des « droits essentiels des États, ceux sans lesquels ils ne pourraient vivre et desquels découlent tous leurs autres droits »²⁷⁵. La seconde – plus controversée – est axée sur l'existence de droits particuliers découlant de la volonté des individus, « de sorte que les droits des États pour le droit international et ceux des individus pour le droit interne apparaissent comme le fondement de tout l'édifice juridique »²⁷⁶. En bref, les droits fondamentaux étatiques regroupent les « droits subjectifs qui seraient en quelque sorte inhérents à la personne de l'État dans l'état de nature »²⁷⁷. Malgré quelques divergences²⁷⁸, cinq droits sont majoritairement identifiés comme tels : le droit de conservation, le droit d'indépendance, d'égalité, de respect et de commerce international²⁷⁹. On note que la sécurité juridique ne figure pas parmi les éléments de cette liste.

Si elle a été un « moment du droit »²⁸⁰, cette théorie s'est rapidement éteinte au profit de conceptions plus modernes. En raison d'un « automorphisme naïf »²⁸¹, la théorie classique

²⁷⁰ P. FAUCHILLE, *Traité de droit international public*, Rousseau & Cie, Paris, 1922, t. 1, p. 395.

²⁷¹ G. GIDEL, *Droits et devoirs des nations, théorie classique des droits fondamentaux des États*, op. cit., p. 542.

²⁷² C. WOLFF, *Principes du droit de la nature et des gens*, Marc Michel Rey, Amsterdam, 1758, t. 3, p. 257.

²⁷³ G. GIDEL, *Droits et devoirs des nations, théorie classique des droits fondamentaux des États*, op. cit., p. 542. Voy. O. DE FROUVILLE, *Une conception démocratique du droit international*, op. cit., p. 108 à 109.

²⁷⁴ Selon Paul FAUCHILLE, les droits primitifs découlent nécessairement « du fait même de l'existence des États [...] Sans eux, les États n'existeraient pas comme entité politique indépendante et souveraine [...] Ils naissent, vivent et s'éteignent avec les États », tandis que les droits secondaires regroupent « des intérêts politiques ou économique variables [qui] règlent des situations particulières et naissent de relations spéciales entre deux ou plusieurs États ». Ainsi, la première catégorie est constituée de droits étatiques inaliénables, contrairement à la seconde, dont le contenu est susceptible de modifications, P. FAUCHILLE, *Traité de droit international public*, op. cit., p. 396.

²⁷⁵ L. LE FUR, *Précis de droit international public*, Dalloz, Paris, 1933, 4^{ème} éd., p. 381.

²⁷⁶ Ibidem

²⁷⁷ O. DE FROUVILLE, *Une conception démocratique du droit international*, op. cit., p. 109.

²⁷⁸ Pour certains, le droit au respect mutuel ou le droit de conservation constituerait le droit matriciel des États en droit international, voy. L. LE FUR, *Précis de droit international public*, op. cit., p. 381.

²⁷⁹ G. GIDEL, *Droits et devoirs des nations, théorie classique des droits fondamentaux des États*, op. cit., p. 596.

²⁸⁰ Ibidem

²⁸¹ J-D. MOUTON, « Introduction : Présentation d'une proposition doctrinale », in J-C. BARBATO (dir.), J-D. MOUTON (dir.), *Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États membres de l'Union européenne ?*

des droits fondamentaux des États a été victime d'une obsolescence quasi programmée²⁸². Par ailleurs, la montée en puissance de l'individualisme a pris le pas les droits fondamentaux des États²⁸³. S'il apparaît donc abscons de l'évoquer dans cette étude, elle n'apparaît totalement dépourvue de pertinence dans la mesure où l'« argument sécurité juridique » est invoqué par l'État partie en droit de la Convention pour contrer une jurisprudence imprévisible ou allant dans le sens d'une extension jugée inappropriée du champ de leurs obligations conventionnels²⁸⁴. En outre, cette théorie a été « ressuscitée » récemment en droit de l'Union européenne, à l'occasion d'un colloque²⁸⁵. Portant sur des sujets différents, certaines contributions doctrinales témoignent de la mutation (et de la résurgence) de la théorie classique. Les droits fondamentaux étatiques ne sont plus désormais des « droits de » mais des « droits à » autrement dit des droits défensifs et revendicatifs²⁸⁶. Cette mutation – qui touche aussi les personnes publiques²⁸⁷ – cadre avec la finalité inhérente à l'« argument sécurité juridique » invoqué par les États parties en droit de la Convention. Cependant, que ce soit au regard de la théorie individuelle ou au regard de la théorie étatique des droits fondements, cette catégorie conceptuelle se révèle totalement inadapté au principe conventionnel de sécurité juridique.

Réflexions à partir des notions d'identité et de solidarité, Actes du colloque du 21 septembre 2007 et 3 avril 2009, Bruylant, Bruxelles, coll. « Droit de l'Union européenne », 2010, p. 1-17, spéc. p. 2

²⁸² L. LE FUR, Précis de droit international public, op. cit., p. 380. Plus récemment F. POIRAT, « Les droits fondamentaux des États en droit international public », in J-C. BARBATO (dir.), J-D. MOUTON (dir.), Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États membres de l'Union européenne ? Réflexions à partir des notions d'identité et de solidarité, Actes du colloque du 21 septembre 2007 et 3 avril 2009, Bruylant, Bruxelles, coll. « Droit de l'Union européenne », 2010, p. 237-266.

²⁸³ V. CHAMPEIL-DESPLATS, La théorie générale de l'État est aussi une théorie des droits libertés fondamentales, Jus politicum, n° 8, 2012 [disponible en ligne : <http://juspolicum.com/uploads/pdf/JP8-Champeil-Desplats-1.pdf>].

²⁸⁴ Voy. CEDH, Gde. Ch., 6 octobre 2005, Hirst c. Royaume-Uni (n° 2), req. n° 74025/01 (AJDA, 2006, 475, chron. J-F. FLAUSS). Pour plus de détails, voy. infra, n° 376.

²⁸⁵ Voy. notamment les contributions de J-D. MOUTON, « Introduction : Présentation d'une proposition doctrinale », op. cit., p. 1-17, spéc. p. 2 et S. BARBOU DES PLACES, « Conclusion. Les droits fondamentaux des États membres de l'Union européenne : enjeux et limites d'une proposition doctrinale », in J-C. BARBATO (dir.), J-D. MOUTON (dir.), Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États membres de l'Union européenne. Réflexions à partir des notions d'identité et de solidarité, op. cit., p. 289-326.

²⁸⁶ Ainsi, la question des droits fondamentaux est davantage corrélée à l'émergence d'un intérêt subjectif et protestataire des États à l'égard d'une jurisprudence supranationale quelque peu audacieuse, voy. sur ce point infra, n° 376.

²⁸⁷ O. MAETZ, Thèse, Les droits fondamentaux des personnes publiques, Publication de l'Institut Universitaire Varenne, LGDJ, Paris, 2011. Parmi ces droits, l'auteur y énonce un droit à la sécurité juridique qui est détourné par la personne publique. Le Professeur Florian POULET fait également état de cette inversion des droits fondamentaux en faveur d'une protection procédurale au détriment des droits des administrés, voy. F. POULET, Sécurité juridique et fermeture du prétoire, AJDA, 2019, p. 1088.

Au-delà de ses insuffisances conceptuelles notoires, le « label droit fondamental »²⁸⁸ comprend d'une part un aspect formel, tendant à sa consécration textuelle et/ou jurisprudentielle, et d'autre part, un aspect substantiel, axé sur sa « fondamentalité » et sa reconnaissance en tant que droit subjectif²⁸⁹. Or, cette catégorie se révèle impertinente pour le « principe » de sécurité juridique, tant du point de vue du critère formel que substantiel.

On commence par l'impertinence du critère formel, comme cela était pressenti dans les développements précédents, la sécurité juridique ne peut être reconnue comme un droit fondamental de l'État, à défaut d'appartenir à la liste exhaustive des droits fondamentaux étatiques énumérés précédemment. S'il est vrai que la doctrine s'est assez peu intéressée à cette notion de ce point de vue²⁹⁰, le respect de l'interprétation judiciaire et des normes de droit international est généralement envisagé comme un devoir à la charge de l'État dans le cadre de ses obligations internationales, notamment à l'égard de leur obligation de bonne foi et du respect du principe du pacta sunt servanda²⁹¹. En d'autres termes, leur sécurité juridique est assurée par le droit international, sans pour autant leur conférer un droit subjectif²⁹². Ce constat vaut également pour le droit de la Convention. Si la Cour se réfère ponctuellement à la sécurité juridique subjective des États parties²⁹³, la Cour européenne n'a jamais, en l'état actuel de sa jurisprudence, consacré un droit fondamental en leur faveur²⁹⁴, se limitant à simple usage argumentatif à des fins persuasives²⁹⁵. Cette carence référentielle est également patente pour les justiciables. En dépit d'une interprétation subjectivisée du « principe »²⁹⁶, la Cour se refuse, pour l'heure, à consacrer un quelconque « droit à la sécurité juridique » – ni un « droit fondamental à la sécurité juridique »²⁹⁷ – en faveur des individus.

²⁸⁸ N. MOLFESSIS, *Droit fondamental. Un label incontrôlé*, JCP G, 2009, p. 32.

²⁸⁹ M-A. GRANGER, *Existe-il un « droit fondamental à la sécurité » ?*, op. cit., 2009, p. 273-296.

²⁹⁰ R. KOLB, *La sécurité juridique en droit international : aspects théoriques*, *African Yearbook of international law*, 2002, p. 103-142. Sur la conception de la sécurité juridique en droit international, voy. supra, n° 151.

²⁹¹ Supra, n° 151.

²⁹² L. LE FUR, *Précis de droit international public*, op. cit., p. 400.

²⁹³ Infra, n° 385. Aucun texte conventionnel ne fait référence explicite à la sécurité juridique étatique, les textes officiels faisant mention de la cohérence ou de la clarté de jurisprudence européenne, voy. par ex. la Déclaration de Brighton sur la responsabilité partagée, Conférence à haut niveau sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme du 20 avril 2012.

²⁹⁴ Infra, n° 382 et 393.

²⁹⁵ Infra, n° 394.

²⁹⁶ Infra, n° 342.

²⁹⁷ La Cour ne fait aucunement mention dans sa jurisprudence à un « droit fondamental à la sécurité juridique ». Si deux arrêts font référence au « droit à la sécurité juridique » (CEDH, 27 mai 2004, OGIS-Institut Stanislas, Ogec St. Pie x et Blanche de Castille et autres c. France, req. n° 42219/98 et 54563/00, §57 et CEDH, 18 décembre 2008, Unedic c. France, req. n° 20153/04, §34 (JCP G, 2009, I 143, obs. F. SUDRE), cette expression n'est pas utilisée dans la motivation de la Cour. Dans la première affaire, le droit à la sécurité juridique est invoqué par le requérant sur le fondement du droit communautaire, tandis que dans la seconde ne mentionne

On passe maintenant à l'absence nuancée de fondamentalité substantielle, la sécurité juridique pourrait s'apparenter à un « droit fondamental » individuel du point de vue de la fondamentalité substantielle. En tant qu' « instrument constitutionnel de l'ordre public européen »²⁹⁸, la protection des droits fondamentaux est la raison d'être de la Convention²⁹⁹ qui a, comme on le sait, pour objectif d'assurer leur garantie effective³⁰⁰. Leur consolidation forme, selon le Professeur Henri LABAYLE, « un socle commun de valeurs objectives »³⁰¹. Ce faisant, il associe le contenu des droits fondamentaux aux « valeurs fondamentales ou imminentes dans une société démocratique »³⁰². Ainsi, l'intégration de la notion de sécurité juridique au sein de ce patrimoine de valeurs communes pourrait toutefois constituer un prélude à la recherche de sa « fondamentalité ». Si la Cour n'effectue aucun lien explicite entre sécurité juridique et ordre public européen, elle reconnaît toutefois que cette dernière forme une « valeur sous-jacente à la Convention »³⁰³ au même titre que la prééminence du droit³⁰⁴. Cependant, et comme le soulève à nouveau le Professeur LABAYLE, la Cour européenne se montre peu rigoureuse quant à l'identification matérielle des droits fondamentaux, dont le contenu comprend tout à la fois des droits intangibles et des principes liés à l'État de droit³⁰⁵. Au demeurant, le Professeur Frédéric SUDRE admet que le droit à la sécurité juridique fait partie des huit droits « porteurs de valeurs communes essentielles » qui « sont proprement constitutifs de la démocratie », renforçant son propos en affirmant que ces derniers « des droits fondamentaux [...] qui composent l'ordre public européen »³⁰⁶. Partant, la sécurité juridique disposerait d'une fondamentalité substantielle découlant de son raccord implicite à l'ordre public européen par le biais de la prééminence du droit et de l'État de droit.

le droit à la sécurité que dans la partie « en fait », le Conseil des Prud'hommes de Paris évoquant l'existence d'un « principe général du droit à la sécurité juridique ». À défaut donc de consécration textuelle, notre étude se concentrera sur la recherche d'une fondamentalité substantielle de la sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour par son rattachement à l'ordre public européen.

²⁹⁸ CEDH, Gde. Ch., 23 mars 1995, Loizidou c. Turquie (exceptions préliminaires), req. n° 15318/89, §75 (GACEDH, 2019, n° 1) ; CEDH, Gde. Ch., 21 juin 2016, Al-Dulimi et Montana Management Inc. c. Suisse, req. n° 5809/08, §145.

²⁹⁹ « Pour trancher cette question, la Cour doit tenir compte de la nature particulière de la Convention, instrument constitutionnel de l'ordre public européen conçu pour la protection des droits des êtres humains », CEDH, Gde. Ch., 16 mai 2015, Sargsyan c. Azerbaïdjan, req. n° 40167/06, Rec. 2015-IV, §147.

³⁰⁰ CEDH, Ch., 25 avril 1978, Tyrer c. Royaume-Uni, série A. 26, req. n° 5856/72, §63 (JDI, 1980, 457, obs. P. ROLLAND).

³⁰¹ H. LABAYLE, *Droits fondamentaux et droit européen*, AJDA, 1998, p. 75.

³⁰² Ibidem. Ces valeurs comprennent la prééminence du droit, le pluralisme ou encore la dignité humaine.

³⁰³ CEDH, Gde. Ch., 7 février 2013, Fabris c. France, req. n° 16574/08, Rec. 2013-I, §66 (JCP G, 2013, act. 242, obs. F. SUDRE) ; CEDH, Gde. Ch., 13 décembre 2016, Béláné Nagy c. Hongrie, req. n° 53080/13, §89.

³⁰⁴ CEDH, 28 mars 2000, req. n° 28358/95, req. n° 28358/95, Rec. 2000-III, §56.

³⁰⁵ H. LABAYLE, *Droits fondamentaux et droit européen*, op. cit., p. 77.

³⁰⁶ F. SUDRE, « Existe-t-il un ordre public européen ? », op. cit., p. 56-57.

Si le principe de sécurité juridique dispose d'une certaine fondamentale en raison de sa dimension axiologique, il n'en est pas pour autant un « droit fondamental ». Premièrement, la sécurité juridique inscrite dans l'ordre public européen n'est pas, à proprement parler, de nature individuelle. Son rattachement à l'ordre public européen procède en réalité de l'objectivisation d'une valeur commune à l'ensemble des États parties qui vise à protéger l'effectivité des droits au nom de la garantie collective³⁰⁷. Deuxièmement, si l'on se place du côté de l'autre critère d'identification qu'est la justiciabilité, le caractère fluctuant et malléable du « principe » dans la jurisprudence strasbourgeoise n'offre pas un contrôle juridictionnel systématique, ce qui l'exclut également de la catégorie des droits subjectifs et, logiquement, des droits fondamentaux³⁰⁸. Par exemple, si le non-respect du principe de sécurité juridique peut servir de fondement à la condamnation de l'État partie au titre de l'article 6§1³⁰⁹, son utilisation dans les autres domaines de la Convention n'emporte pas de sanction en son nom. Le principe joue alors un rôle d'aiguilleur ou de « ressource argumentative »³¹⁰ au service de la motivation. Quand bien même cette étude se pencherait sur le second critère de l'invocabilité, l'impertinence de cette qualification serait maintenue. La sécurité juridique invoquée par les requérants dans leurs griefs ne donne pas nécessairement lieu à une analyse de la Cour dans sa motivation³¹¹, ni d'ailleurs à une condamnation sur ce fondement³¹². Elle constitue davantage l'expression d'un besoin individuel – perçu comme « objet du désir »³¹³ – que celle de l'émergence d'une véritable justiciabilité. Elle est en conséquence trop aléatoire

³⁰⁷ « Le principe de la prééminence du droit implique également le "droit au droit", c'est-à-dire à la sécurité juridique », in F. SUDRE, « Existe-t-il un ordre public européen ? », op. cit., p. 56.

³⁰⁸ Contra E. PICARD, L'émergence des droits fondamentaux en France, op. cit., p. 23. Selon le Professeur Etienne PICARD, la relativité est une constante intrinsèque à la fondamentale des droits fondamentaux établissant une « échelle de la fondamentale ». Sa variabilité interprétative ne fait pas obstacle à l'existence de sa fondamentale substantielle.

³⁰⁹ « La Cour conclut que l'incertitude jurisprudentielle dans le cadre de laquelle a été examinée l'action formée par les intéressés, à laquelle s'ajoute en l'espèce l'absence d'utilisation prompt du mécanisme prévu par le droit interne pour assurer la cohérence des pratiques au sein même de la plus haute juridiction du pays, a porté atteinte au principe de la sécurité juridique et, en cela, a eu pour effet de priver les requérants d'un procès équitable. Il y a donc eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention en raison de la méconnaissance du principe de la sécurité juridique », CEDH, Gde. Ch., 29 novembre 2016, Paroisse Gréco-Catholique Lupeni et autres c. Roumanie, req. n° 76943/11, §§134-135.

³¹⁰ P. RAIMBAULT, La sécurité juridique, nouvelle ressource argumentative, Revue du notariat, 2008, n° 2, p. 517-543.

³¹¹ CEDH, 14 décembre 2006, Bogdanowski c. Italie, req. n° 72177/01, §56 ; CEDH, 15 janvier 2013, Eusko AbertzaleEkintza –Accio nNacionalista Vasca (eae-anv) c. Espagne (n° 2), req. n° 40959/09, §§45-50 ; CEDH, 29 avril 2014, Preda c. Roumanie, req. n° 9584/02 et suiv, §107 ; CEDH, 22 décembre 2015, G.S.B. c. Suisse, req. n° 28601/11, §54.

³¹² Par exemple, dans l'arrêt Ogis-Institut Stanislas et autres c. France, les requérants invoquent un « droit à la sécurité juridique » qui n'est pas repris dans la motivation de la Cour, CEDH, Gde. Ch., Ogis-Institut Stanislas, Ogec St. Pie x et Blanche de Castille et autres c. France, req. n° 42219/98 et 54563/00, §57.

³¹³ Formule empruntée à D. COHEN, « Le droit à ... », in L'avenir du droit, Mélange en hommage à François TERRE, Dalloz-PUF, Paris, Éd. Du jurisclasser 1999, p. 394.

pour retenir avec certitude la qualification de droit subjectif³¹⁴. Troisièmement, s'il existe une signification subjective inhérente à la sécurité juridique conventionnelle, elle s'exprime dans la recherche d'un équilibre des intérêts individuels et étatiques³¹⁵. Si cet équilibre peut se réaliser en faveur de la première, « elle ne saurait conduire à délaisser totalement la dimension collective de la sécurité juridique et ne peut donc se présenter sous la forme d'un droit subjectif à la sécurité juridique »³¹⁶. Cela vaut également du point de vue de la sécurité juridique subjective des États parties à l'égard de la sécurité juridique in globo³¹⁷. Dernièrement, une telle reconnaissance provoquerait des effets incompatibles avec le but même du système conventionnel qu'est le progrès des normes. « Si la question se pose de savoir s'il existe ou s'il faut [...] reconnaître un véritable droit subjectif à la sécurité juridique [...], cela risquerait de provoquer une véritable érosion du système juridique par une extrapolation excessive des pouvoirs du juge [...] et qui pulvériserait la sécurité juridique qui s'attache à la prévisibilité des solutions »³¹⁸. Nous partageons cette position qui relève finalement du simple bon sens. L'intronisation d'un droit à la sécurité juridique est « dangereuse » puisque tout individu, en tant que titulaire de ce droit, pourrait systématiquement l'invoquer³¹⁹. Ceci empêcherait toute évolution jurisprudentielle et aboutirait à une paralysie totale du droit de la Convention³²⁰, « figeant [alors] le droit en entravant sa nécessaire évolution »³²¹. À la limite de la vision apocalyptique, introduire un droit fondamental à la sécurité juridique serait radicalement source d'insécurité juridique. C'est dire si « la consécration d'un droit à la sécurité juridique serait une bien mauvaise façon de répondre à de bonnes questions »³²².

³¹⁴ Cela étant, la sécurité juridique « ne représente pas un droit subjectif directement invocable par les particuliers », in B. MATHIEU, La sécurité juridique : un principe clandestin mais efficient », in Droit constitutionnel. Mélanges Patrice GÉLARD, LGDJ, Paris, 1999, p. 301-305, spéc. p. 302

³¹⁵ *Infra*, n° 412.

³¹⁶ P. RAIMBAULT, Recherche sur la sécurité juridique en droit administratif français, LGDJ, Paris, coll. « Thèses », 2009, p. 598.

³¹⁷ *Infra*, n° 375.

³¹⁸ J.-L. BERGEL, Théorie générale du droit, Dalloz, Paris, coll. « Méthodes du droit », 2012, 5ème éd., p. 44.

³¹⁹ En ce qui concernant le droit fondamental à la sécurité, Monsieur Marc-Antoine GRANGER constatait également qu'une « telle reconnaissance supposerait qu'en cas d'atteinte portée à sa sécurité, tout individu puisse de plein droit obtenir soit une réparation soit la mise en place d'une mesure de prévention destinée à couvrir la carence révélée. Or il faut peut-être se réjouir qu'une correspondance systématique entre atteinte à la sécurité et sanction n'ait été prévue », M.-A. GRANGER, Existe-il un « droit fondamental à la sécurité » ?, RSC, 2009, p. 281. Voy. aussi A. CRISTEAU, L'exigence de sécurité juridique, Recueil Dalloz, 2002, p. 2814.

³²⁰ Ceci explique que la Cour se refuse à consacrer un droit acquis à une jurisprudence constante pour les justiciables, voy. CEDH, 18 décembre 2008, Unedic c. France, req. n° 20153/04, §74 (JCP G, 2009, I 143, obs. F. SUDRE).

³²¹ J.-L. BERGEL, Théorie générale du droit, op. cit., p. 43-44.

³²² T. PIAZZON, La sécurité juridique, op. cit., p. 431.

Selon la réflexion du Professeur Frédéric POLLAUD-DULIAN, « la sécurité juridique constitue seulement un besoin, un intérêt que le législateur doit prendre en compte, mais parmi d'autres. Il représente certainement l'un des impératifs ou des intérêts légitimes que le législateur doit avoir à l'esprit [...]. Il est donc excessif de vouloir assimiler ce besoin ou cet intérêt à un droit subjectif [...]. Il contribue à expliquer certaines règles mais n'a pas, en soi, la valeur d'un droit subjectif »³²³. Si la fundamentalité de la sécurité juridique est manifeste, elle reflète plutôt sa classification potentielle en tant que principe fondamental³²⁴.

B- Les compatibilités conceptuelles du « principe » de sécurité juridique

La notion de principe, contrairement aux concepts précédents, s'articule aisément avec d'autres catégories conceptuelles. Tel est le cas de la notion de « valeur », dont le qualificatif a déjà été utilisé par la Cour européenne, et de la notion de « norme », dont l'association s'effectue de manière implicite.

Dérivée étymologique du verbe latin *valere*, la notion de « valeur » signifie originellement « vigueur et puissance »³²⁵. Aujourd'hui, elle se définit comme « ce qui est posé comme vrai, beau, bien selon des critères personnels ou sociaux et sert de référence, de principe moral »³²⁶. Au sens philosophique, elle est liée à l'axiologie³²⁷ tandis qu'au sens juridique elle se dissocie généralement de celle de droit. En effet, si ce dernier est « affecté par l'émergence d'une sémantique des valeurs [...] le droit a plutôt tendance à exclure l'idée de valeur »³²⁸. Cette exclusion est la résultante de la conception jus-positiviste dégagée par Hans KELSEN qui, par opposition au courant jusnaturaliste³²⁹, rejette toute association entre le droit et les valeurs

³²³ F. POLLAUD-DULIAN, À propos de la sécurité juridique, op. cit., p. 491.

³²⁴ « À y regarder de près, on s'aperçoit que les soi-disant droits que l'on proclame se confondent souvent, soit avec des principes fondamentaux ou des principes généraux du droit, soit avec des libertés publiques (ce qui soit dit en passant, est depuis l'origine le cas des droits de l'homme) », in D. GUTMAN « Droit subjectif », op. cit., p. 531.

³²⁵ Dictionnaire Latin-Français : le Grand Gaffiot, Hachette, Paris, 2000, p. 1644.

³²⁶ Ibid., p. 1193. Le terme de valeur se définit également comme « un jugement personnel plus ou moins en accord avec celui de la société de l'époque », in A. LALANDE, Vocabulaire technique et critique de la philosophie, PUF, Paris, 1997, vol. 2, p. 424.

³²⁷ H. RABAULT, « Droit et axiologie : la question de la place des "valeurs" dans le système juridique », Congrès français de droit constitutionnel organisé par l'AFDC à Nancy du 16 au 18 juin 2011, p. 1 [disponible en ligne : <http://www.droitconstitutionnel.org/congresNancy/comN5/rabaultTD5.pdf>].

³²⁸ Ibid., p. 3.

³²⁹ « Alors que les positivistes estiment en général qu'il n'y a qu'un seul droit, le droit positif [...], les jusnaturalistes pensent qu'il en existe deux, le droit positif et le droit naturel, et que ce dernier est connaissable ». La divergence conceptuelle réside dans la connaissance ou non de ces valeurs en droit positif, in M. TROPER, La philosophie du droit, PUF, Paris, coll. « Que sais-je ? », 2014, p. 16-21.

morales³³⁰. Réduites alors à de simples « émotions »³³¹, les valeurs n'ont pas vocation à produire des effets en droit positif.

Cependant, dans un système juridique axé sur la protection des droits fondamentaux, le juge strasbourgeois ne peut difficilement en faire fi des valeurs. Interprète d'un instrument vivant³³², qui justifient une interprétation extensive des droits à « la lumière des conditions de vie actuelles »³³³, il ne peut échapper à leur attractivité. Qu'il s'agisse d'une « simple » technique jurisprudentielle³³⁴ ou de la manifestation d'une interprétation axiologique fondée sur leur défense et leur protection³³⁵, les études doctrinales sont unanimes pour reconnaître l'utilisation fréquente par la Cour des valeurs fondamentales ou démocratiques. Cette omniprésence de références expresses s'effectue toutefois au détriment de toute définition prétorienne. Dans une étude récente, son auteur explique qu'une valeur « au sens » du droit de la Convention se compose d'une part, d'un aspect démocratique et, d'autre part, d'un aspect fondamental quant à son contenu³³⁶. Cela étant, seules les valeurs considérées comme indispensables à la viabilité de la société démocratique sont susceptibles d'entrer dans ce champ³³⁷. Bien que la sécurité juridique n'ait été désignée qu'exceptionnellement par le juge comme une « valeur sous-jacentes à la Convention »³³⁸, ou comme une « valeur fondamentale »³³⁹, il ne fait nul doute qu'elle appartient à cette catégorie³⁴⁰, ce que confirme

³³⁰ « Du point de vue d'une connaissance scientifique, on ne saurait admettre qu'il existe des valeurs absolues en général [...], ces idées ne pouvant reposer que sur une foi religieuse », in H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Dalloz, Paris, 1962, p. 87.

³³¹ A. VIALA, « Valeurs et principes (Distinction) », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J-P. MARGUENAUD, S. RIALS, F. SUDRE (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, PUF, Paris, 2008, p. 769- 772.

³³² CEDH, Ch., 25 avril 1978, *Tyrer c. Royaume-Uni*, série A. 26, req. n° 5856/72, §31 (JDI, 1980, 457, obs. P. ROLLAND).

³³³ Ibidem.

³³⁴ « Le recours aux valeurs se présente comme une technique jurisprudentielle originale consistant [...] à faire intervenir plus ou moins directement un ensemble de valeurs dans leur argumentation, que cela entraîne ou non des conséquences médiatees sur la solution adoptée », in C. HUSSON-ROCHCONGAR, *Droit international des droits de l'homme et valeurs. Le recours aux valeurs dans la jurisprudence des organes spécialisés*, Bruylant, Bruxelles, coll. « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », 2012, p. 3.

³³⁵ C. BLANC-FILY, *Valeurs dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Essai critique sur l'interprétation axiologique du juge européen*, Bruylant, Bruxelles, coll. « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme-Thèses », 2016, p. 28-34.

³³⁶ Ibid., p. 12.

³³⁷ Madame Charlotte BLANC-FILY en déduit une « hiérarchie entre les principes moraux et éthiques de second rang et les valeurs considérées comme indispensables à la viabilité du système conventionnel », qui, elles, sont marquées du sceau de la fundamentalité, *ibid.*, p. 12-13.

³³⁸ CEDH, Gde. Ch., 7 février 2013, *Fabris c. France*, req. n° 16574/08, Rec. 2013-I, §66 (JCP G, 2013, act. 242, obs. F. SUDRE).

³³⁹ CEDH, Gde. Ch., 13 décembre 2016, *Bélané Nagy c. Hongrie*, req. n° 53080/13, §89 ; CEDH, Gde. Ch. 20 mars 2018, *Radomilja et autres c. Croatie*, req. n° 37685/10 et 22768/12, §138.

³⁴⁰ Aucune des deux études mentionnées n'érigent la sécurité juridique au rang de valeur. Si la Professeure Céline HUSSON-ROUCHCONGAR fait référence à l'atteinte à la sécurité juridique engendrée par l'instrumentalisation incertaine et ambiguë des valeurs sur la jurisprudence de la Cour (voy. en ce sens C.

d'ailleurs son inscription dans l'ordre public européen ou les relations conflictuelles qu'elle nourrit avec les autres valeurs³⁴¹.

Cependant, l'assimilation entre « principe » et « valeur » paraît contradictoire avec les développements précédents puisqu'à la différence des principes, les valeurs n'ont pas la capacité de produire des effets normatifs. Toutefois, les principes constituent les normes juridiques de transposition des choix sociétaux au sein de l'ordre juridique. « Dès lors, les valeurs sont les fondamentaux éthiques des principes, qui eux sont amenés à produire inévitablement des effets juridiques »³⁴². Par ailleurs, certains principes peuvent avoir une dimension morale ou éthique, comme l'avait admis le positiviste Ronald DWORKIN³⁴³. Cette relation d'interdépendance entre « principe » et « valeur » imprègne la sécurité juridique conventionnelle. Comme l'explique le Professeur Alexandre VIALA, ces deux concepts sont complémentaires d'une part, parce que les valeurs représentent la dimension formelle en incarnant un ethos substantiel aux droits de l'homme, et d'autre part, parce que les principes incarnent leur dimension formelle en se hissant au sommet de la hiérarchie des normes juridiques³⁴⁴. Ce faisant, le « principe » de sécurité juridique concourt à la normativité de la « valeur » sécurité juridique présente dans le patrimoine commun des valeurs de la Convention, comme dans tout système ou ordre juridiques³⁴⁵. Par conséquent, l'usage de la « valeur sécurité juridique » n'est donc pas une entrave à la pertinence à la qualification de « principe » en droit de la Convention.

En ce qui concerne l'assimilation implicite à la « norme » sécurité juridique, l'articulation entre la notion de principe et celle de norme juridique suscite tant de questions discutées et discutables qu'établir une catégorisation aussi tranchée de la « norme sécurité juridique » s'avère illusoire, ne serait-ce que face à la complexité des théories doctrinales consacrées au concept de « norme ». Traditionnellement, une norme est « un terme de comparaison [...] une mesure ou un standard par rapport auquel on qualifie la conformité de l'objet ou de

HUSSON-ROCHCONGAR, *Droit international des droits de l'homme et valeurs. Le recours aux valeurs dans la jurisprudence des organes spécialisés*, op. cit., p. 384-385), Madame Charlotte BLANC-FILY ne fait pas mention de la sécurité juridique en tant que valeur, C. BLANC-FILY, op. cit., p. 83.

³⁴¹ L. FRANÇOIS, « La fiabilité du droit, dite sécurité juridique », in *La Sécurité juridique*, Actes du colloque organisé par la conférence du jeune barreau de Liège, 14 mai 1993, éd. du jeune barreau de Liège, 1993, p. 8-20, spéc. p. 12 et suiv.

³⁴² C. BLANC-FILY, *Valeurs dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Essai critique sur l'interprétation axiologique du juge européen*, op. cit., p. 28-34.

³⁴³ R. DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux*, op. cit., p. 69-101 et 109-151.

³⁴⁴ A. VIALA, « Valeurs et principes (Distinction) », op. cit., p. 769.

³⁴⁵ Voir supra, n° 79.

l'action»³⁴⁶ et qui s'identifie comme une « référence [...], une description de ce qui devrait être selon un point de vue déterminé »³⁴⁷. Plus précisément, les normes juridiques constituent une catégorie spécifique de normes. Elles correspondent à des prescriptions juridiques destinées à régir et à organiser les relations sociales par la contrainte juridique – appelée normativité – qui se manifeste au travers de sa juridicité et de sa sanction³⁴⁸. De manière synthétique, la Professeure Sylvie CAUDAL distingue deux acceptions différentes de la notion de norme juridique. Une première définition déontique, dans laquelle « les normes juridiques sont assimilées aux règles juridiques dont le contenu doit être prescriptif, prohibitif ou permissif »³⁴⁹. Suivant une conception normativiste, une norme est juridique dès son intégration dans un ordre juridique dans lequel elle produit des effets contraignants et s'inscrit dans une hiérarchie normative. Une seconde définition définit la norme au travers de sa fonctionnalité en tant « qu'instrument de mesure de ce qui doit être »³⁵⁰. C'est dans cette seconde catégorie qu'elle classe les principes et notamment les principes juridiques³⁵¹.

À l'instar des règles juridiques, cette assimilation ne donne lieu à aucune acceptation unanime. Selon la conception kelsénienne, les principes se distingueraient des normes juridiques car ils peuvent être à la fois moraux et/ou sociaux. De ce fait, ils n'entrent dans cette catégorie qu'à partir du moment où ils ont acquis une dimension juridique³⁵². Par opposition, pour Ronald DWORKIN, les principes appartiennent la catégorie des normes juridiques, formant une « méta-catégorie » qui englobe à la fois les principes et les règles³⁵³. En dépit de ces divergences, il convient de retenir qu'une norme juridique est susceptible de contenir des principes juridiques. Finalement, « il importe peu de trancher entre ces divers usages qui soit font de la règle un synonyme de norme, soit une catégorie de normes [...]. Toutes ces définitions font toujours de la norme la catégorie générale [...] qui englobe toutes les autres catégories spécifiques »³⁵⁴. Dans la même perspective, le Professeur Michel TROPER affirme que « les principes ne sont pas autre chose que des normes, qui ne se distinguent des autres normes que par leur degré élevé de généralité, ou leur caractère vague

³⁴⁶ O. PFERSMANN, « Norme », D. ALLAND, S. RIALS (dir.), Dictionnaire de la culture juridique, PUF, Paris, coll. « Quadrige-Dicos Poche », 2003, p. 1080.

³⁴⁷ E. MILLARD, « Qu'est-ce qu'une norme juridique ? », CCC, La normativité, 2007, n° 21 ; A. JEAMMAUD, La règle de droit comme modèle, Recueil Dalloz, 1990, p. 199.

³⁴⁸ J-L. BERGEL, Théorie générale du droit, op. cit., p. 44-54, spéc. p. 44.

³⁴⁹ S. CAUDAL, « Rapport introductif », op. cit., p. 4.

³⁵⁰ Ibidem.

³⁵¹ Ibid., p. 6.

³⁵² H. Kelsen, Théorie pure du droit, op. cit., p. 93.

³⁵³ R. DWORKIN, Prendre les droits au sérieux, op. cit. A contrario, voy. la théorie de H-L-A. HART, Le concept de droit, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2ème éd, 2005.

³⁵⁴ E. MILLARD, « Qu'est-ce qu'une norme juridique ? », CCC, 2007, n° 21.

et programmatique. [...]. En pratique il est d'ailleurs courant de désigner certaines normes [...] par le mot "principe" »³⁵⁵. S'il y a bien un principe qui entre dans cette catégorie de norme, c'est bien le principe de sécurité juridique.

Comme d'autres principes conventionnels³⁵⁶, la sécurité juridique se caractérise par son imprécision conceptuelle. Cette analyse apporte heureusement certains éclaircissements sur la nature réelle de ce « principe ». Par exclusion, il apparaît nettement que la sécurité juridique n'est ni une règle de droit, ni un droit fondamental dans la jurisprudence de la Cour. Par comparaison, il a été admis que son affirmation explicite en tant que « valeur » n'entrave aucunement celle de son caractère principiel. En outre, la qualification de norme juridique est peut également être retenue. Après avoir levé le voile sur les incertitudes inhérentes à la notion de « principe », il convient désormais de poursuivre cette exploration identitaire en dissipant celles inhérentes au « principe » conventionnel de sécurité juridique.

Sous-section 2 : Les ambiguïtés intrinsèques provenant du « principe » conventionnel de sécurité juridique

La notion de principe, au sens étymologique, provient du latin principium (concentration de primo qui signifie premier, et de capere qui signifie prendre)³⁵⁷ assimilé au commencement, à la première place ou encore ce qui est à l'origine de toute chose. De ce sens est également déduit celui d'« importance »³⁵⁸ ou « de règle tenue pour absolue »³⁵⁹. Dans une dimension plus philosophique, André LALANDE regroupe trois types de principes³⁶⁰. D'abord les principes ontologiques, qui relèvent de la métaphysique. Ils servent de fondements explicatifs à ce qui est, et forment les caractéristiques de toute chose ou réalité. Ensuite les principes logiques, qui désignent un corpus de règles de droit regroupé sous forme méthodique.

³⁵⁵ M. TROPER, La philosophie du droit, PUF, Paris, coll. « Que sais-je ? », 2014, p. 76.

³⁵⁶ « Malgré la confusion conceptuelle régnant autour de la notion de principe juridique, souvent assimilée à celle de règle de droit ou de norme juridique, et qui entraîne une identification tout naturellement complexifiée de la dimension principielle de la subsidiarité, celle-ci semble mériter son assertion prétorienne au rang de principe », in L. AUDOUY, Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme, thèse dactyl., Université de Montpellier, 2015, p. 106.

³⁵⁷ P. MORVAN, Le principe en droit privé, Éd. Panthéon-Assas, Paris, coll. « Droit privé », 1999, p. 11.

³⁵⁸ Selon le Professeur Philippe JESTAZ, « est principe la norme qu'on appelle ainsi pour lui attribuer, à tort ou à raison, une importance particulière », in P. JESTAZ, « Principes généraux, adages et sources du droit en droit français », in P. JESTAZ, Autour du droit civil. Écrits dispersés, idées convergentes, Dalloz, Paris, 2005, p. 223-259, spéc. p. 223.

³⁵⁹ G. CORNU, Vocabulaire juridique, op. cit., p. 806-807.

³⁶⁰ A. LALANDE, Vocabulaire technique et critique de la philosophie, Presses Universitaires de France - PUF (1. Januar 1997), p. 827.

On y retrouve aussi les axiomes³⁶¹. Enfin, les principes normatifs, qui recourent ce que le droit doit être. Concernant son sens juridique, un principe est apprécié comme « une règle ou norme générale de caractère non juridique d'où peuvent être déduites des normes juridiques », ou comme une « règle juridique établie par un texte en termes assez généraux destinée à inspirer diverses applications et s'imposant comme une autorité supérieure »³⁶². Le droit international évoque également l'existence de « propositions premières dégagées [...] des règles particulières de l'ordre juridique »³⁶³. Enfin, les principes peuvent former également des « normes fondamentales et structurellement indéterminées »³⁶⁴. La signification du mot « principe » se situe visiblement à un carrefour de pistes sémantiques complexes. Le Professeur Patrick MORVAN décrivait en ce sens que les principes « prolifèrent dans les branches du droit les plus immatures. Le succès du mot a ruiné sa valeur singulière, noyée dans un pluriel ampoulé »³⁶⁵. Plus optimiste, le président Jean-Paul COSTA affirmait qu'en dehors de son caractère naturellement hétérogène, la diversité des principes était l'emblème même de l'attitude « pragmatique, finaliste et volontariste [de la Cour] en ce que celle-ci cherche le meilleur moyen pour protéger les droits et libertés garantis par la Convention », se félicitant de cet « heureux mélange de théorie et de pratique »³⁶⁶. Les fluctuations sémantiques du principe semblent tant être la résultante d'un usage abusif des juges³⁶⁷ que d'acceptions doctrinales divergentes³⁶⁸. L'opacité entourant la notion de principe rend périlleuse toute tentative de théorisation, aussi « fabuleuse » soit-elle³⁶⁹. Dépassant cet aspect

³⁶¹ P. MORVAN, « Principes », op. cit., p. 1202. On y retrouve dans cette catégorie les règles ou encore les maximes juridiques qui correspondent au troisième sens conféré au principe dans sa définition juridique : « Maxime générale juridiquement obligatoire bien que non écrite dans un texte législatif », in G. CORNU, Vocabulaire juridique, op. cit., p. 806-807.

³⁶² Ibid, p. 806.

³⁶³ A. PELLET, Droit international public, LGDJ, Paris, 1987, p. 317. Voy. aussi M. COUSTON, « Les principes en droit international », in S. CAUDAL, Les principes en droit, op. cit., p. 305-319. On retrouve également l'idée de proposition chez Jean BOULANGER : « on appelle principes [...] l'ensemble des propositions directrices. [...] Il existe en droit des propositions auxquelles des séries de solutions positives sont subordonnées. Ces propositions doivent être considérées comme des principes », in J. BOULANGER, « Principes généraux et droit positif », in Le droit privé au milieu du XX^{ème} siècle. Études offertes à Georges RIPERT, LGDJ, Paris, 1950, n° 5, t. 1, p. 56.

³⁶⁴ R. GUASTINI, « Les principes de droit en tant que source de perplexité », op. cit., p. 114-115.

³⁶⁵ P. MORVAN, « Le principe en droit privé », op. cit., p. 1204.

³⁶⁶ J-P. COSTA, « La Cour européenne des droits de l'homme et les principes », in S. CAUDAL (dir), Les principes du droit, librairie LGDJ Paris, 09/2008, p. 369-375, spéc. p. 375.

³⁶⁷ « Vers quelque horizon que l'on se tourne, le terme "principe" se trouve caractérisé par sa polysémie et l'usage abusif qui en est fait », in M. BOUGHMAR, Une approche de la notion de principe dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme, op.cit, p. 1-2.

³⁶⁸ « En tant que telle, la notion de principe ne sert que d'instrument pour l'analyse doctrinale du droit positif », in P. GÉRARD, Aspects de la problématique actuelle des principes généraux du droit, Déviance et société, 1988, n° 1, p. 75-90, spéc. p. 75.

³⁶⁹ L. DUBOIS, « Le droit à cheval sur les principes généraux » in Drôle(s) de droit(s). Mélanges en l'honneur de Elie ALFANRANDI, Dalloz, Paris, 2000, p. 251-268, spéc. p. 251.

onirique, quelques auteurs sont parvenus à une ébauche de classification, comme le Professeur Jerzy WROBLESKI³⁷⁰, Jean BOULANGER³⁷¹ ou René CHAPUS³⁷². Bien que «les principes [...] donnent le sentiment que les questions qui les entourent ne seront jamais définitivement résolues »³⁷³, l'ébauche d'une typologie générale des principes (**A**) au sein de cette étude est cependant nécessaire pour fixer une grille d'identification conceptuelle pour valider – ou invalider – la nature principielle de la sécurité juridique (**B**).

A- Essai d'une typologie générale des critères d'identification d'un « principe »

Si le Professeur François TERRE louait les qualités de la doctrine sans laquelle le droit ne serait qu'un « amas de règles et de décisions [formant] un fouillis inextricable »³⁷⁴, l'enchevêtrement des différentes définitions doctrinales entourant la notion de principe inspire malheureusement plus de perplexité que de clarté. Si les approches classiques confèrent un premier élément de réponse (**Paragraphe 1**), elles se montrent toutefois insuffisantes pour mettre en évidence toutes les subtilités définitionnelles des principes. Comme le relève un auteur, si le principe est « pris seulement d'une manière abstraite et générale, dans sa pureté principielle, la sécurité juridique court le risque d'être frappée d'insignifiance »³⁷⁵. Le concours complémentaire d'approches contemporaines apportera alors un éclairage appréciable (**Paragraphe 2**).

³⁷⁰ Jerzy WROBLESKI distingue cinq types de principes : les principes positifs du droit, concernant une norme formulée textuellement dans le droit positif ; les principes implicites du droit découlant du droit positif ; les principes extrasystémiques qui n'appartiennent à aucune des deux catégories suscitées et forment une sorte de catégorie sui generis ; les principes-nom du droit caractérisant les traits essentiels d'une institution juridique ; enfin, les principes-construction qui sont interprétés et appliqués tels quels dans l'ensemble du droit, in J. WROBLESKI, « Principe du droit », A-J. ARNAUD (dir), Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, LGDJ, Paris, 1993, 2ème éd., p. 318-319.

³⁷¹ Jean BOULANGER retient cinq acceptation du terme « principe » en droit privé : une notion philosophique et jusnaturaliste ; un caractère fondamental du droit positif ; une conception doctrinale permettant de présenter les institutions juridiques, un ensemble de règles concernant certaines dispositions du code civil ; enfin, des notions disposant d'une ample généralité et qui donnent lieu à des multiples solutions en droit positif, in J. BOULANGER « Principes généraux du droit en droit positif », op. cit., p. 51. Voy. aussi sur les principes en droit privé : F. LAURENT, Principes de droit civil, Bruylant-Christophe, Bruxelles, 1887 ; A. JEAMMAUD, Les principes dans le droit français du travail, Dr. soc., 1982, p. 618-629.

³⁷² R. CHAPUS, De la valeur juridique des principes généraux du droit et de autres règles jurisprudentielles en droit administratif, Dalloz, 1966, p. 9 ; M. HAURIOU, Principes de droit public, Dalloz, Paris, 2010 ; B. GENEVOIS, Principes généraux du droit, Répertoire de contentieux administratif, Dalloz, 2010 ; F. MODERNE, Légitimité des principes généraux et théorie du droit, RFDA, 1999, p. 728 ainsi que Principes fondamentaux, principes généraux, RFDA, 1998, p. 595 ; D. TRUCHET, Les principes du droit public, PUF, Paris, coll. « Que sais-je ? », 2018, 4ème éd., spéc. p. 58-70.

³⁷³ V. CHAMPEIL-DESPLATS, Production et sens des principes : relecture analytique, Diritto & Questioni Pubbliche, 2011, n° 11, p. 38-58, spéc. p. 40.

³⁷⁴ F. TERRE, Introduction générale du droit, op. cit., p. 223.

³⁷⁵ J-M. SAUVE, « Allocution d'ouverture », in B. FAUVARQUE-COSSON (dir.) et J-L. DEWOST (dir.), L'entreprise et la sécurité juridique, Actes du colloque du 21 novembre 2014, Société de législation comparée, Paris, coll. « Colloques », 2015, vol. 25, p. 7-24, spéc. p. 9.

Paragraphe 1 : Les apports insuffisants des approches classiques

Traditionnellement, la typologie des principes s'articule principalement autour d'un triptyque de critères : la positivité, la généralité, ainsi que la normativité³⁷⁶.

Concernant la défaillance patente du critère de la positivité, Globalement, il est admis qu'une norme puisse être qualifiée de principe dès lors qu'elle dispose d'un impact en droit positif. Sa « valeur positive »³⁷⁷ s'identifie généralement par une reconnaissance « formelle » dans un texte fondamental ou dans une interprétation prétorienne. Ce critère donne lieu à l'une des premières catégorisations entre les principes explicites et implicites. Les principes dits explicites sont expressément formulés par l'autorité normative dans un texte juridique. Ils constituent habituellement le reflet de valeurs sociales ou politiques³⁷⁸. La catégorie des « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » en est l'exemple le plus péremptoire. Par opposition, les principes implicites sont absents des textes juridiques. Ils sont le produit d'une interprétation d'une norme positive, dont l'élaboration repose soit sur la ratio legis – entendue comme la raison d'être d'une norme – soit par le biais d'un raisonnement déductif – et quelque peu arbitraire – d'un interprète qui le présente comme tel³⁷⁹. Ils sont donc déjà « latents dans le système juridique »³⁸⁰, le juge procédant seulement leur découverte³⁸¹.

Les principes consacrés au niveau supranational appartiennent généralement à la seconde catégorie, les juges les « découvrant » dans des sources exogènes et endogènes. Ainsi est-il communément admis que les principes du droit de l'Union européenne ou du droit international proviennent aléatoirement de sources textuelles ou prétoriennes³⁸². Ceci donne logiquement naissance à une seconde distinction entre les principes du droit et les principes de droit³⁸³. Les premiers regroupent ceux qui sont propres au système de l'Union comme les

³⁷⁶ Ces critères ont notamment été dégagés dans des travaux afférents au principe de subsidiarité, voy. en ce sens L. AUDOUY, *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 93-98.

³⁷⁷ N. MACCORMICK, *Raisonnement juridique et théorie du droit*, PUF, Paris, coll. « Voies du droit », 1996, p. 182.

³⁷⁸ V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Production et sens des principes : relecture analytique*, op. cit., p. 41-42.

³⁷⁹ F. MODERNE, *Les principes : entre permanence et nouveauté*, op. cit., p. 723.

³⁸⁰ R. GUASTINI, « Les principes de droit en tant que source de perplexité », op. cit., p. 119.

³⁸¹ F. MODERNE, *Principes fondamentaux, principes généraux*, *Actualités des principes généraux du droit*, RFDA, 1998, p. 498.

³⁸² Voy. Notamment D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, PUF, Paris, coll. « Droit fondamental », 2001, 3ème éd. ; J. MOLINIER, *Les principes fondateurs de l'Union Européenne*, PUF, Paris, coll. « Droit & Justice », 2005.

³⁸³ Sur cette distinction, voy. G. PROTIERE, *Les principes généraux dans la jurisprudence internationale : éléments d'une différenciation fonctionnelle*, RDP, 2008, p. 259.

principes fondateurs, tandis que les seconds rassemblent les principes communs à l'ensemble des systèmes juridiques internes que les juges s'approprient par la voie de l'acculturation juridique. En transposant ce critère dans le cadre de l'identification des principes généraux, Madame Katarzyna GRABARCZYK dégage aisément ces principes exogènes. En revanche, la relativité et la confusion de la positivité en indiquent les limites quant à l'identification de principes propres à la Convention. Selon elle, « l'identification formelle des principes endogènes peut être qualifiée de peu concluante. Le critère formel devient inopérant [...]. Par conséquent, la forme que prend un concept n'est pas un élément déterminant et unique permettant de constater le recours du juge à cette technique. Ainsi, créant plus de confusions que de réponses, l'identification formelle détermine la mise en place d'une grille de lecture [...] beaucoup plus complète »³⁸⁴. L'ajout d'une telle réserve contraste également avec la réflexion initiale selon laquelle toute reconnaissance formelle emporte « potentiellement la qualification de principe au sens conceptuel du terme »³⁸⁵. En raison des carences intrinsèques à la positivité, son incapacité à établir, par elle seule, l'existence théorique d'un principe appelle à la recherche d'autres éléments définitionnels.

On passe maintenant à l'intérêt renouvelé de la généralité, entant que critère distinctif par excellence, un principe est caractérisé par sa double généralité. Quantitative, car elle procure une certaine adaptation face au nombre indéterminé de situations auxquelles il est censé s'appliquer. Qualitative, grâce à son expression naturellement vague et abstraite³⁸⁶. Compte tenu des clivages relatifs à sa portée, certains n'hésitent pas à l'évincer de leur propre grille analytique³⁸⁷. Dans une étude consacrée aux principes en droit de la Convention, son auteur réfute la pertinence du critère de la généralité à cause des nombreux rapports dérivatifs qu'entretiennent les principes. « L'existence d'un tel emboîtement de principes par "filiation" témoigne du caractère inégal de la généralité en fonction de la situation du principe dans l'arbre généalogique »³⁸⁸. Certains principes ont donc vocation à être plus généraux que d'autres. Le constat de l'actuelle déliquescence du critère entérine cette exclusion³⁸⁹.

³⁸⁴ K. GRABARCZYK, Les principes généraux dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, op. cit., p. 147.

³⁸⁵ M. BOUMGHAR, Une approche de la notion de principe dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme, op. cit., p. 24.

³⁸⁶ V. CHAMPEIL-DESPLATS, Production et sens des principes : relecture analytique, op. cit., p. 41.

³⁸⁷ S. CAUDAL, « Rapport introductif », op. cit., p. 8.

³⁸⁸ M. BOUMGHAR, Une approche de la notion de principe dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme, op. cit. p. 58. Dans sa recherche de conceptualisation des principes, l'auteur rejette le critère de la généralité ainsi que l'approche fonctionnaliste de Ronald DWORKING et Robert ALEXY qu'il juge inadapté à la jurisprudence de la Cour. Son choix s'est dès lors porté vers des critères matériels d'identification tels que la prééminence du droit et la fonction étatique de structuration et d'organisation de l'ordre juridique.

³⁸⁹ S. CAUDAL « Rapport introductif », op. cit., p. 8.

Néanmoins, le reproche d'une généralité décroissante et inégalitaire entre les principes est l'occasion d'envisager de nouvelles perspectives. Cette généralité « dégradée »³⁹⁰ confère une malléabilité au principe qui lui offre la capacité de s'adapter aux nombres incalculables de cas qui se présentent devant la Cour. Loin d'être déficiente, cette dilution participe en réalité à une meilleure concrétisation des principes, et un durcissement de leur protection en renforçant leur finalité primitive³⁹¹. Ceci est plutôt la marque d'un renouvellement modernisé du sens conféré la généralité³⁹². Si elle n'est certainement plus un critère aussi « prestigieux » qu'autrefois³⁹³, elle conserve, sous ce prisme, un intérêt réel justifiant pleinement son maintien dans notre typologie.

Enfin, et en ce qui concerne le dépassement des obstacles liés à la normativité, cette dernière désigne « l'aptitude d'une règle à produire des effets normatifs »³⁹⁴. Nourrissant un lien consubstantiel avec le droit³⁹⁵, la normativité est insécable de la contrainte juridique³⁹⁶, en particulier en droit de l'Union européenne, où la création de droits et obligations à l'égard des États membres et des particuliers en forme « un attribut fondamental »³⁹⁷. Naturellement, les normes de jus cogens du droit international en sont également des manifestations explicites³⁹⁸. Cependant, cette première définition est source de confusions de par son association implicite à la notion de juridicité insinuée par les « effets normatifs » et par son association explicite à une « règle » de droit³⁹⁹, alors que la juridicité et la normativité apparaissent comme des

³⁹⁰ M. BOUMGHAR, Une approche de la notion de principe dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme, op. cit, p. 55.

³⁹¹ Le principe de la prééminence du droit, en tant que principe matriciel de la Convention, dispose à cet égard d'une multitude de dérivés principaux dont la sécurité juridique. Or, il a été démontré dans le chapitre précédent que non seulement la sécurité juridique participe à sa concrétisation comme instrument de mesure dans le cadre de la prohibition contre l'arbitraire, mais acquiert également une certaine autonomie (supra, n° 124 et suiv.). Ceci renforce son application à l'ensemble du droit de la Convention, lui permettant de s'étendre aux plus grands nombres de cas qui se présentent devant la Cour. Par ricochet, cela accentue donc le respect de la prééminence du droit.

³⁹² C'est également le point de vue dégagé par le Professeur Mouloud MOUMGHAR, *ibid.*, p. 71. À la différence de ce dernier qui considère en effet que la généralité réside dans la régulation prétorienne entre les règles de principe et les règles d'exception par la Cour, nous y voyons plutôt un prolongement de la généralité première des principes.

³⁹³ « Toute proposition qui peut être formulée en termes très généraux et abstraits acquiert de ce seul fait, un prestige particulier [...] d'où la difficulté rencontrée pour faire descendre de leur piédestal les principes », in, C. ATIAS, *Épistémologie juridique*, PUF, Paris, coll. « Droit fondamental », 1985, p. 164.

³⁹⁴ F. PICOD, *La normativité du droit communautaire*, CCC, 2007, n° 21.

³⁹⁵ J. CHEVALLIER, *Présentation*, CCC, 2007, n° 21.

³⁹⁶ « Le propre du droit est d'être un " ordre de contraintes " [...], de régir par des actes de contraintes les conduites considérées comme indésirables et contraires à ses prescriptions », in H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 87.

³⁹⁷ F. PICOD, *La normativité du droit communautaire*, op. cit.

³⁹⁸ E. DECAUX, *Déclarations et Conventions en droit international*, CCC, 2007, n° 21.

³⁹⁹ Les règles de droit et les principes ont été précédemment jugés conceptuellement incompatibles.

éléments distincts. En dehors des études spécifiques liant l'anthropologie et le droit⁴⁰⁰, il existe un nombre restreint de travaux s'attardant sur la notion de juridicité. Critère attributif des règles juridiques⁴⁰¹ elle correspond à « la qualité de ce qui est juridique, de ce qui est de droit »⁴⁰², par opposition à la normativité, qui concerne la catégorie des normes. De surcroît, la juridicité s'intéresse aux effets d'une règle du point de vue de leurs émetteurs et de leurs sources, alors que la normativité s'axe davantage sur sa réception par les destinataires ainsi que sur leur effectivité dans la sphère juridique⁴⁰³. En dépit de ces disparités, l'assimilation entre juridicité et normativité est certes contestable, mais n'est pas hérétique. En s'appuyant sur les travaux des Professeurs François OST et Michel VAN DE KERKHOVE⁴⁰⁴, une analyse consacrée au principe de subsidiarité identifie deux conceptions de la juridicité : une approche formelle – qui est rapidement évincée par ses auteurs – et une approche matérielle, s'axant sur les effets juridiquement contraignants qui en découlent. L'étude en déduit un amalgame matériel entre les deux notions pour justifier ensuite l'examen exclusif de la normativité⁴⁰⁵. A contrario, d'autres admettent que « la normativité [puisse] servir d'indice – ou plus encore de critère – à la juridicité, sans que la réciproque ne soit permise »⁴⁰⁶. En somme, que la juridicité soit distincte ou non de la normativité, l'étude d'une des notions engendre vraisemblablement l'étude de l'autre. Puisque la catégorisation de règle a été évincée, et que notre propos se consacre à l'effectivité de la sécurité juridique dans l'ensemble du droit de la Convention, la normativité s'accommode plus facilement à la mesure de ses effets normatifs que le critère de la « juridicité ». Cet évincement vaut également pour la sanction – critère de la juridicité⁴⁰⁷ – au profit de l'examen de sa force contraignante. Ce choix se justifie notamment par le rôle argumentatif joué par le principe de sécurité juridique

⁴⁰⁰ Nous renvoyons principalement à E. LE ROY, *Le tripode juridique. Variation anthropologique sur un thème de flexible droit*, L'année sociologique, 2007, vol. 57, p. 341-351, spéc. p. 320 et suiv.

⁴⁰¹ Par exemple, le Professeur François TERRE attribue deux critères d'identification aux règles que sont la sanction ainsi que la juridicité, F. TERRE, *Introduction générale au droit*, op. cit., p. 43.

⁴⁰² B. BARRAUD, *L'échelle de juridicité : un outil pour mesurer le droit et fonder une théorie syncrétique* (première partie : présentation), APD, 2013, p. 365-415, spéc. p. 369.

⁴⁰³ « La juridicité est une qualité liée à une observation externe et dépendante principalement des émetteurs ou des sources de la règle ; la normativité (ou fait d'être normatif) est une qualité qui provient exclusivement d'un jugement interne, celui des récepteurs ou destinataires [...], ce qui conduit à la lier à l'idée d'effectivité », *ibid.*, p. 383.

⁴⁰⁴ F. OST et M. VAN DE KERKHOVE, « Les colonnes d'Hermès : à propos des directives d'interprétation en droit », in P. AMSELEK (dir.), *Interprétation et droit*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 135-153.

⁴⁰⁵ L. AUDOUY, *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 108-109.

⁴⁰⁶ B. BARRAUD, *L'échelle de juridicité : un outil pour mesurer le droit et fonder une théorie syncrétique* (première partie : présentation), op. cit., p. 383.

⁴⁰⁷ *Ibidem.*

dans la motivation du juge⁴⁰⁸. En bref, le critère de la normativité se montre moins étreint que celui de la juridicité car il permet d'englober tous les usages du principe. Il sera donc retenu dans cette étude.

Parallèlement, l'utilisation du terme de « règle » dans la définition précitée laisse supposer qu'elle seule dispose d'une force contraignante. Étant donné que les principes en sont dissemblables, ils ne pourraient prétendre en conséquence à une quelconque normativité. Cette réflexion doit être nuancée. D'abord, les principes – à l'instar des règles – forment une catégorie de normes juridiques. Or, une norme juridique (en particulier prescriptive) se manifeste par une multitude de facettes et de connotations⁴⁰⁹. Dans cette hypothèse, elles prennent la forme de « principes » qui produisent potentiellement des effets normatifs. Cette réponse n'est pas exempte non plus de toute contrariété. En effet, si le postulat selon lequel toute norme juridique produit des effets juridiquement contraignants, par opposition l'intégration d'un principe dans l'ordre juridique n'entraîne pas nécessairement la production d'effets normatifs, contrevenant de facto à la conception normativiste. Hans KELSEN reconnaissait dans cette perspective que les principes juridiques ne signifient pas pour autant qu'ils soient du droit ou qu'ils en ont le caractère⁴¹⁰. Cette distinction est autant plus forte en droit international puisque la normativité des principes ne fait pas l'unanimité. Une « appellation aussi incontrôlée »⁴¹¹ les relègue souvent à de simples « propositions »⁴¹², que certains ont pu qualifier de « médiocre »⁴¹³. Ce constat favorise soit leur exclusion⁴¹⁴, soit

⁴⁰⁸ P. RAIMBAULT, La sécurité juridique, nouvelle ressource argumentative, *Revue du Notariat*, volume 110, Numéro 2, p. 517-543

⁴⁰⁹ « Il y a alors une variété possible de contenus : la prescription peut consister en une autorisation, une permission, une habilitation, une interdiction, une obligation [...]. Il y a une variété de portées : la prescription peut être à portée individuelle, collective, générale ; elle peut viser des personnes identifiées ou être impersonnelles », in E. MILLARD, Qu'est-ce qu'une norme juridique ?, op. cit.

⁴¹⁰ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 89 et 153.

⁴¹¹ P.-M. DUPUY, « L'unité de l'ordre juridique international. Cours général de droit international public », *Académie du droit international de la HAYE*, 2000, vol. 297, p. 180 et suiv.

⁴¹² A. PELLET, *Droit International public*, op. cit., p. 317. Le fait qu'ils soient qualifiés de propositions ne leur ôtent cependant pas toute dimension contraignante. Jean BOULANGER avait pu en ce sens classer les principes comme des propositions « directrices » ce qui induit l'idée de contrainte et donc, de normativité, J. BOULANGER, « Principes généraux et droit positif », op. cit., p. 56.

⁴¹³ P. WEIL, « Vers une normativité relative en droit international », in *Écrits de droit international. Théorie générale du droit international, droit des espaces, droit des investissements privés internationaux*, PUF, Paris, 2000, p. 21-56. Contra, E. DECAUX, *Déclarations et Conventions en droit international*, op. cit.

⁴¹⁴ S'appuyant sur les écrits en droit international et notamment sur le *Dictionnaire de la terminologie de droit international* de Jules BASDEVAN, le Professeur Mouloud BOUMGHAR relève que « la normativité n'est pas la principale caractéristique des principes ». Il effectue la distinction entre le « principe » qui est normatif et les « principes » qui ne sont que des « propositions » émanant d'un raisonnement intellectuel du juge international. Il en conclut « qu'utiliser un guide de lecture propre au droit international ne permet d'avancer davantage » sur son identification théorique des principes, in M. BOUMGHAR, *Une approche de la notion de principe dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 17.

incite à proposer des alternatives qui, au final, ne font qu'accentuer cette complexité environnante⁴¹⁵. Par conséquent, la normativité se présenterait comme une propriété substantielle limitée aux seuls principes juridiques⁴¹⁶, et non comme un critère définitionnel propre aux principes lato sensu. Un évincement aussi catégorique serait néanmoins erroné eu égard à la crise actuelle que traverse la normativité. La lutte contre les « neutrons législatifs » en droit constitutionnel français a pu éprouver les vertus de la normativité formelle, brisant la certitude qu'un énoncé normatif entraîne systématiquement son impérativité effective⁴¹⁷. La remise en cause de l'impérativité comme critère de la normativité favorise le développement prétorien et doctrinal d'autres composantes plus subjectives comme le degré d'abstraction et de connotation de l'énoncé⁴¹⁸, ainsi que leur perception par les destinataires⁴¹⁹. Cette « normativité atténuée »⁴²⁰ déplace le curseur sur la question sur sa force normative. Partageant une observation faite à l'égard du principe de subsidiarité, « peu importe que les propositions soient descriptives ou purement normatives, ce qui apparaît donc déterminant dans la définition d'un principe, c'est qu'il ait un contenu au moins descriptif influençant le droit positif »⁴²¹.

À l'évidence, la relativité des critères traditionnels n'aboutit pas à une typologie suffisamment solide. La faute en revient aux flottements et désaccords conceptuels qui caractérisent les critères traditionnels d'identification des principes. Des théories plus contemporaines parviennent heureusement à en combler sa fragilité. Plus innovantes et mieux adaptées aux particularismes, ces dernières cherchent à établir des critères matériels pour identifier les principes.

⁴¹⁵ C'est le cas par exemple des « principes-normes » qui sont assimilés aux principes juridiques voy. P. GERARD, Aspects de la problématique actuelle des principes généraux du droit, op. cit., p. 75.

⁴¹⁶ Dans sa thèse consacrée au principe de subsidiarité, Madame Laurèn AUDOUY soulève que la normativité n'est pas un élément d'identification applicable à la nature d'un principe mais un élément de distinction entre les principes interprétatifs et les principes normatifs et auxquels correspondent respectivement la subsidiarité substantielle et procédurale, voy. L. AUDOUY, Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme, op. cit., p. 95 et p. 110-125.

⁴¹⁷ « Si la présomption semble forte pour exclure la normativité d'un énoncé qui ne peut être réduit à une forme prescriptive classique [...] en revanche la formulation d'un impératif n'implique nécessairement la normativité d'un énoncé », in V. CHAMPEIL-DESPLATS, N'est pas normatif qui peut. L'exigence de normativité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, CCC, 2007, n° 21, p. 2.

⁴¹⁸ Ibidem

⁴¹⁹ « La normativité n'est pas un simple attribut inhérent à tout énoncé juridique. Elle implique encore l'existence d'un certain rapport entre ces énoncés et leurs destinataires [...] or cette "puissance normative" n'est pas garantie par avance : elle dépend d'un ensemble de conditions tenant [...] aux croyances collectives qui entourent le droit », in J. CHEVALLIER, Présentation, op. cit.

⁴²⁰ B. MATHIEU, La normativité de la loi : une exigence démocratique, CCC, 2007, n° 21.

⁴²¹ L. AUDOUY, Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme, op. cit., p. 95.

Paragraphe 2 : Les apports complémentaires des approches fonctionnelles

Issue de la doctrine internationaliste⁴²², cette approche se concentre sur les fonctions exercées par les principes. Ces fonctionnalités sont au nombre de trois. Caractéristique des fameux « mandats d'optimisation », la fonction « pondératrice » des principes leur permet d'être satisfaits à des degrés variables et dans des proportions diverses, selon les raisonnements de son interprète. Dans la jurisprudence strasbourgeoise, les principes jouent usuellement un rôle d'équilibre entre des intérêts divergents et forment donc des instruments de mesure permettant au juge de pondérer les intérêts dans le contrôle de proportionnalité. À l'exception d'une étude isolée⁴²³, cette fonction d'équilibre et de pondération est la plus représentative des principes⁴²⁴. Les principes sont également appelés à exercer une fonction dite « correctrice »⁴²⁵ ou encore « supplétive » en palliant les lacunes du droit positif dans un objectif de complétude, « le juge [...] [étant] censé pouvoir résoudre tous les cas litigieux qui lui sont soumis avec les seules ressources de l'ordre juridique existant »⁴²⁶. Que leur consécration soit la marque d'un jugement de valeur⁴²⁷ symbole d'un pouvoir créateur discrétionnaire⁴²⁸, ou d'un juge « archéologue » soucieux de limiter son pouvoir en tenant compte de l'évolution des mœurs⁴²⁹, il apparaît impossible d'apporter une réponse définitive à l'éternelle question d'un juge interprète ou d'un juge « bouche de la loi ». Cependant, chacun est unanime pour souligner le rôle central attribué au juge dans la construction des principes tant « le couple juges-principes paraît inséparable »⁴³⁰. L'image négative du « gouvernement

⁴²² M. VIRALLY, « Le rôle des "principes" dans le développement du droit international », in Recueil d'études de droit international en hommage à Paul GUGGENHEIM, Éd. Faculté de droit de l'université de Genève, Genève, 1968, p. 531-554 ; G. PROTIÈRE, Les principes généraux dans la jurisprudence internationale : éléments d'une différenciation fonctionnelle, op. cit., p. 259.

⁴²³ Le Professeur Mouloud BOUMGHAR se singularise par le rejet du critère finaliste comme élément déterminant d'un principe dans la jurisprudence de la Cour. Du fait de leur qualification générique, il constate que le terme de principe comprend à la fois des principes mais aussi des libertés et des droits fondamentaux. Or, leur utilisation spécifique dans la protection des droits ne leur permet aucune gradation en cas de conflit car cela serait incompatible avec les exigences afférentes à la protection des droits de l'homme. « La graduation n'est pas possible. [...] Le principe de droit européen des droits de l'homme n'est pas caractérisé par la possibilité technique d'entrer en conflit avec un autre principe [...] le principe n'est pas un mandat d'optimisation », in M. BOUMGHAR, Une approche de la notion de principe dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme, op. cit., p. 92.

⁴²⁴ K. GRABARCZYK, Les principes généraux dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, op. cit., p. 227.

⁴²⁵ Pour une étude complète sur cette fonction, voy. C. PERELMAN (dir), Le problème des lacunes en droit, Bruylant, Bruxelles, 1968, p. 161-179.

⁴²⁶ F. MODERNE, Légitimité des principes généraux et théorie du droit, op. cit., p. 728.

⁴²⁷ Ibidem

⁴²⁸ P. WACHSMANN, « La volonté de l'interprète », Droits, 1990, n° 28, p. 29-45, spéc. p. 36.

⁴²⁹ P. BRUNET, « À quoi sert la "théorie" des principes généraux du droit ? », in S. CAUDAL, Les principes en droit, op. cit., p. 175-187, spéc. p. 180.

⁴³⁰ S. CAUDAL, « Rapport introductif », op. cit., p. 19.

des juges » a concomitamment développé une fonctionnalité de légitimation⁴³¹ qui s'adjoint donc à cette fonctionnalité. L'ultime fonction est celle de la mise en cohérence du droit⁴³². En effet, les principes s'imposent comme des balises de stabilisation d'un système face à une complexification et à une internationalisation croissantes du droit. À cette fin, ils exercent une double fonction de structuration et d'harmonisation⁴³³. Cela est particulièrement vrai en droit international puisque les principes forment un ensemble de règles dominantes dégagées et codifiées par le juge qui en assure in fine la cohérence⁴³⁴. Typique du droit de l'Union européenne, ils assurent une fonction d'homogénéisation de l'interprétation du juge dans la préservation d'un droit autonome et cohérent⁴³⁵. Quant à la fonction d'harmonisation, celle-ci résulte des phénomènes d'acculturation juridique. Dans cette optique, les principes servent de « points de contact entre les différents espaces normatifs »⁴³⁶ favorisant le rapprochement entre les systèmes juridiques. Spécifiquement pour le droit de la Convention, le recours aux principes engendre à la fois leur systématisation de la jurisprudence de la Cour, et servent aussi à l'encadrement et à l'organisation de l'action étatique⁴³⁷. Certains auteurs ont pu soulever de la sorte une fonction de « concrétisation » de la prééminence du droit. En ce sens, les principes découlent soit « d'une application de la prééminence dans un domaine particulier », soit « des normes transversales » qui permettent à la Cour de fixer des objectifs contraignants à l'encontre des États parties⁴³⁸.

Ainsi, l'approche fonctionnelle s'accorde donc volontiers avec les contraintes du prétoire strasbourgeois et offre les clés nécessaires pour procéder à l'identification réelle du « principe » de sécurité juridique.

⁴³¹ D. SIMON, « Les principes en droit communautaire », op. cit., p. 300-304.

⁴³² F. MODERNE, *Légitimité des principes généraux et théorie du droit*, op. cit., p. 728.

⁴³³ Ces fonctions sont intrinsèques à la définition même d'un système juridique en ce qu'il se définit comme un « ensemble d'éléments liés entre eux par des relations spécifiques [...] de sorte que l'ensemble forme un tout ordonné et organisé ; ce qui implique une certaine unité et cohésion », in F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *Le système juridique entre ordre et désordre*, PUF, Paris, coll. « Les voies du droit », 1988, p. 24-25.

⁴³⁴ M. COUSTON, « Les principes en droit international », op. cit., p. 305-319 ; A. PELLET, *Droit international public*, op. cit., p. 317 ; G. PROTIÈRE, *Les principes généraux dans la jurisprudence internationale : éléments d'une différenciation fonctionnelle*, op. cit., p. 259.

⁴³⁵ « L'invention des principes par les opérations successives d'induction amplifiante, d'identification et de formalisation, puis de généralisation déductive, combinée avec une méthode interprétative de réduction des germes d'incohérence est l'illustration d'une appréhension systématique des ordres juridiques. [...] Cette stratégie juridictionnelle objective est appuyée par une par les pratiques d'auto-référencement au fil des décisions [...] qui assure une sédimentation régulée des interprétations convergentes », in D. SIMON, « Les principes en droit communautaire », op. cit., p. 301.

⁴³⁶ H. ASCENSIO, « Principes généraux du droit », *Répertoire de droit international*, Dalloz, 2004, n° 3 et 32.

⁴³⁷ M. BOUMGHAR, *Une approche de la notion de principe dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 92.

⁴³⁸ Ibid. p. 149-226 ; voy. également X. SOUVIGNET, *La prééminence du droit dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2012, p. 209.

B- l'acceptation mesurée du critère principal de la sécurité juridique

Les différentes propriétés des principes tendent vers la reconnaissance d'un véritable principe de sécurité juridique (**Paragraphe 1**) et ce même si sa polymorphie et sa variabilité normative constituent des obstacles non négligeables à cette reconnaissance (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1- Une qualification globalement pertinente

D'emblée, le critère de la positivité ne fait aucun doute dans la mesure où la sécurité juridique est le fruit d'une interprétation prétorienne depuis l'arrêt *Marckx contre Belgique*⁴³⁹. Celui de la généralité ne pose également aucune difficulté majeure. D'abord, la sécurité juridique est réputée, à juste titre, pour son caractère vague et indéfini. Ensuite, la Cour le qualifie elle-même de « principe général » à « l'ensemble des articles de la Convention »⁴⁴⁰. Sa généralité se matérialise également soit par une utilisation seule du principe dans la motivation du juge (généralité stricto sensu), soit par une utilisation combinée de ses différentes déclinaisons qui en assurent la concrétisation dans des domaines juridiques divers (généralité graduelle). En outre, elle constitue un principe de droit « implicite »⁴⁴¹ et « inhérent »⁴⁴² au droit de la Convention. Le critère de la généralité largo sensu paraît donc rempli. Un même constat s'applique pour ce qui est de la généralité graduelle puisque le principe de sécurité juridique a vocation à s'appliquer à une multitude de cas, dont la concrétisation s'opère soit à titre exclusif, soit avec le concours de ses dérivés objectifs ou subjectifs. La corrélation du principe de sécurité juridique avec celui de la prééminence du droit⁴⁴³ – principe matriciel des principes en droit de la Convention – constitue un bon indicateur sur la véracité de sa nature principielle.

Cette observation se confirme grâce aux critères fonctionnels. La sécurité juridique joue un rôle « correcteur » dans le sens où elle vise à pallier son absence de consécration explicite. Elle est également structurante puisque la Cour la consacre comme une finalité de son propre système mais aussi celle des États parties, qui doivent prendre en compte ce principe ainsi que l'ensemble de ses déclinaisons qui s'y rattache lorsqu'ils mettent en œuvre leurs obligations

⁴³⁹ CEDH, Plén., 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, req. n° 6833/74, série A. 31, §58 (GACEDH, 2019, n° 51).

⁴⁴⁰ CEDH, 28 mars 2000, *Baranowski c. Pologne*, req. n° 28358/95, Rec. 2000-III, §56 ; voy. également CEDH, 6 décembre 2007, *Beian c. Roumanie*, req. n° 30658/05, Rec. 2007-V, §39 ; CEDH, Gde. Ch., 20 octobre 2011, *NejdetŞahin et PerihanŞahin c. Turquie*, req. n° 13279/05, §56 (JCP G, 2012, doct. 87, F. SUDRE) ; CEDH, Gde. Ch., 29 novembre 2016, *Paroisse Gréco-Catholique Lupeni et autres c. Roumanie*, req. n° 76943/11, §116.

⁴⁴¹ CEDH, 28 mars 2000, *Baranowski c. Pologne*, req. n° 28358/95, Rec. 2000-III, §56.

⁴⁴² CEDH, 8 février 2007, *Cistiakov c. Lettonie*, req. n° 67275/01, §79 ; CEDH, 2 février 2016, *Di Trizio c. Suisse*, req. n° 7186/89, §122.

⁴⁴³ *Supra*, n°118.

conventionnelles. Pour preuve, la Cour encadre de plus en plus de rigueur les divergences de jurisprudence depuis l'arrêt *Nejdet Şahin et Perihan Şahin contre Turquie*⁴⁴⁴, allant même jusqu'à instaurer à demi-mot des obligations procédurales de cohérence jurisprudentielle à la charge des États, conformément au « principe de sécurité juridique »⁴⁴⁵. La Cour se soumet également à cet impératif dans le cadre de ses propres revirements et ajustements jurisprudentiels en déclarant que « sans être formellement tenue de suivre l'un quelconque de ses arrêts antérieurs, il est dans l'intérêt de la sécurité juridique, de la prévisibilité et de l'égalité devant la loi que la Cour ne s'écarte pas sans motif valable des précédents »⁴⁴⁶. Cependant, la différence entre « intérêt » et « principe » fait resurgir les inquiétudes provoquées par sa normativité fluctuante.

Paragraphe 2 : Une pertinence entachée par une normativité à géométrie variable

Sous le prisme traditionnel de la conception de la normativité, les fluctuations de la sécurité juridique l'excluraient ipso facto de la catégorie des principes. Si elle dispose d'une normativité aléatoire, la sécurité juridique n'est toutefois pas dépourvue de « force normative », indépendamment de son intensité. La souplesse d'un paradigme lié à une normativité graduelle, analysée sous l'angle de la « force normative » cadre aisément avec celle du « principe » de sécurité juridique.

Dans une conception classique de la normativité, la sécurité juridique ne peut s'identifier à un principe en raison de la variabilité de sa force contraignante qui se reflète par sa polymorphie. Lorsqu'un juge invite dans son opinion séparée à une évolution ou à une clarification de la jurisprudence « dans un souci de sécurité juridique »⁴⁴⁷, ou lorsque la Cour énonce que le délai de six mois ou le bref exposé de la loi constitue un « facteur de sécurité juridique »⁴⁴⁸, sa force contraignante apparaît comme moindre en comparaison à l'énoncé d'un « principe de sécurité juridique ». Cela donne l'apparence d'un « noyau dur » de normativité qui se réduirait aux seuls cas dans lesquels le juge lui confère l'appellation de « principe » ou de « principe général ». Cette constatation doit être réfutée pour deux raisons.

⁴⁴⁴ CEDH, Gde. Ch., 20 octobre 2011, *Nejdet Şahin et Perihan Şahin c. Turquie*, req. n° 13279/05, §56 (JCP G, 2012, doct. 87, F. SUDRE).

⁴⁴⁵ Gde. Ch., 29 novembre 2016, *Paroisse Gréco-Catholique Lupeni et autres c. Roumanie*, req. n° 76943/11, §116.

⁴⁴⁶ CEDH, Plén., 27 septembre 1990, *Cossey c. Royaume-Uni*, req. n°10843/84, série A. 184, §35 ; CEDH, Gde. Ch., 28 mai 2002, *Stafford c. Royaume-Uni*, req. n° 46295/99, Rec. 2002-IV, §68.

⁴⁴⁷ CEDH, Déc., 27 août 2013, *De Ram et autre c. France*, req. n° 38275/10, §23 (pour sensibiliser l'État sur l'impact des modalités législatives transitoires sur la réglementation globale des registres d'état civil).

⁴⁴⁸ CEDH, Ch., 18 juin 1971, *De Wilde, Ooms et Versyp ("vagabondage") c. Belgique*, req. n° 2832/66, 2835/66, 2899/66, série A. 12, §50 (GACEDH, 2019, n° 20).

Primo, cela reviendrait à privilégier une normativité formelle alors même qu'il a été démontré en amont qu'un énoncé prescriptif n'entraîne pas systématiquement des effets contraignants. Secundo, une telle vision serait réductrice et ne mettrait pas en exergue toutes les potentialités de la sécurité juridique en tant que principe⁴⁴⁹. Comme cela avait déjà été pressenti lors de l'analyse du critère de la justiciabilité, « l'idée de contrainte ne permet pas de rendre compte de l'inflexion de la normativité juridique dans les sociétés contemporaines : on voit en effet proliférer des techniques plus souples [...] les textes indiquent des "objectifs" [...] fixent des "directives" [...] formulent des "recommandations" mais sans pour autant leur donner force obligatoire »⁴⁵⁰. C'est de la réfutation de la rigidité de la conception traditionnelle de la normativité que naît le concept de « normativité graduelle », qui se montre plus adapté aux évolutions juridiques dans la mesure où il porte plus l'évaluation des effets normatifs – la « force normative » – que sur la normativité conceptuelle ou substantielle du principe. Dans cette optique, le Professeur François BRUNET attribut à la normativité une triple fonction que sont la normativité instrumentale, la normativité finaliste – qui dispose d'une rationalité propre et qui est consécutive à son caractère instrumental – et une normativité discursive⁴⁵¹. Les travaux du Professeure Catherine THIBIERGE sur le concept de la « force normative »⁴⁵² attirent plus particulièrement notre attention. Correspondant à la branche subjective de la normativité⁴⁵³, la « force normative » se définit comme « le pouvoir de l'acte de déterminer la réaction de ses destinataires comme la capacité d'une norme à orienter, à servir de guide à des comportements et à des pratiques »⁴⁵⁴. Elle est reconnue également comme la « vocation d'une norme à se déployer non seulement en fonction de son applicabilité aux destinataires et de sa finalité régulatrice, mais aussi grâce à son respect et à son application par le juge, jusqu'à sa possible sanction en cas de méconnaissance »⁴⁵⁵. Ces forces hétérogènes et évolutives⁴⁵⁶ sont caractéristiques des normes de référence et d'influence⁴⁵⁷. Allant de la soft

⁴⁴⁹ « Affirmer que le principe pose ou impose une stricte obligation juridique à la charge des États et de la Cour serait excessif, lui dénier toute force ou impact sur le juge national et les autorités nationales serait inexact », in L. AUDOUY, *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., 2015, p. 115.

⁴⁵⁰ J. CHEVALLIER, *Présentation*, op. cit.

⁴⁵¹ F. BRUNET, *La normativité en droit*, Mare & Martin, Paris, coll. « Droit public », 2012, p. 169-490.

⁴⁵² C. THIBIERGE (dir.), *La force normative : naissance d'un concept*, LGDJ, Paris, 2009, p. 745-811.

⁴⁵³ « Alors que la normativité décrit une qualité objective des normes, qui existe à un moment donné, la force normative questionne la destinée des normes, leur effectivité par rapport à leur objet. Elle s'attache à la réception des normes, à leur impact sur leur environnement et leurs destinataires », in C. THIBIERGE, « Conclusion. Le concept de force normative », in C. THIBIERGE (dir.), op. cit., p. 754.

⁴⁵⁴ Ibid., p. 755.

⁴⁵⁵ Ibidem

⁴⁵⁶ Pour plus de détail, voy. C. THIBIERGE (dir.), *La densification normative : découverte d'un processus*, Mare & Martin, Paris, 2013.

law à la hard law typique du droit international⁴⁵⁸, ce nouveau paradigme du critère de la normativité s'adapte pleinement à la volatilité de la sécurité juridique.

Sans prétendre à l'exhaustivité, il est loisible d'attribuer trois types de force normative à la sécurité juridique⁴⁵⁹. La première est une force de nature contraignante. Elle englobe à la fois une valeur, une portée et une garantie normatives⁴⁶⁰. Par exemple, dans l'arrêt *Mooren contre Allemagne*⁴⁶¹, la Cour énonce que « le principe de sécurité juridique peut se retrouver compromis » si les jurisprudences nationales modifient les dispositions légales applicables, « pareilles interprétations [devant] donc être réduites au maximum »⁴⁶². De plus, dans le cadre des infractions continues, la Cour a pu affirmer que « le principe de la sécurité juridique commande que les actes constitutifs de cette infraction soient clairement énoncés dans l'acte d'accusation »⁴⁶³. Il va de même concernant l'expression de « principe de sécurité des rapports juridiques »⁴⁶⁴ ou encore du « principe général de la sécurité juridique »⁴⁶⁵. En ce qui concerne la garantie normative, si la variabilité de sa justiciabilité entrave sa qualification de droit fondamental⁴⁶⁶, elle n'est pas cependant pas inexistante puisqu'il arrive à la Cour de conclure dans le cadre de l'article 6§1 à la « méconnaissance du principe de la sécurité

⁴⁵⁷ « Avoir une force de référence, au sens de servir d'une référence, autrement dit de guide, de modèle aux acteurs du droit, c'est plus fort et plus précis juridiquement qu'exercer une simple force d'influence sur ces mêmes acteurs », in C. THIBIERGE (dir.), *La force normative : naissance d'un concept*, op. cit., p. 792. En s'appuyant sur les propos du Président Jean Paul COSTA, cette étude collective relève la capacité d'influence de la jurisprudence de la Cour vis-à-vis du droit national et des autres États européens.

⁴⁵⁸ E. DECAUX, *Déclarations et Conventions en droit international*, op. cit.

⁴⁵⁹ Dans la thèse consacrée au principe de subsidiarité, son auteur privilégie une application globale de la force contraignante du principe dans la jurisprudence de la Cour (L. AUDOUY, *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 115-116). Nous préférons développer notre analyse sur les différentes forces normatives de la sécurité juridique afin d'en faire le lien avec sa polymorphie.

⁴⁶⁰ « La valeur normative correspond la force d'une norme selon son interprète ou son émetteur. La portée normativité correspond donc à l'effectivité de la norme dans le paysage juridique tandis que la garantie normative s'associe à la juridicité ou encore à la sanction en cas de non-respect de celle-ci », C. THIBIERGE, « Conclusion. Le concept de force normative », op. cit., p. 823-826.

⁴⁶¹ CEDH, Gde. Ch., 9 juillet 2009, *Mooren c. Allemagne*, req. n° 11364/03.

⁴⁶² *Ibid.*, §91.

⁴⁶³ CEDH, 27 mai 2001, *Ecer et Zeyrek c. Turquie*, req. n° 29295/95 et 29363/95, Rec. 2001-II, §33 ; voy. aussi CEDH, Gde. Ch., 27 janvier 2015, *Rohlens c. République Tchèque*, req. n° 59552/98, §57.

⁴⁶⁴ CEDH, Gde. Ch., 28 octobre 1999, *Brumărescu c. Roumanie*, req. n° 28342/95, Rec. 1999-VII, §62 (JCP G, 2000, I, 203, 10, obs. F. SUDRE).

⁴⁶⁵ En matière de privation de liberté, le respect du principe général de la sécurité juridique impose à l'État des obligations de légalité correspondant aux déclinaisons objectives de la sécurité juridique afin de satisfaire aux exigences conventionnelles concernant la régularité de la détention. La force contraignante est donc indirecte voy. en ce sens CEDH, 28 mars 2000, *Baranowski c. Pologne*, req. n° 28358/95, Rec. 2000-III, ainsi que CEDH, Gde. Ch., 9 juillet 2009, *Mooren c. Allemagne*, req. n° 11364/03, §98 : « la Cour conclut que le requérant a été détenu régulièrement et qu'il n'a pas été privé de sa liberté selon les "voies légales" ».

⁴⁶⁶ *Supra*, n° 175 et suiv.

juridique »⁴⁶⁷. Cette force n'est toutefois pas systématique pour chaque expression de la sécurité juridique et dépend d'une large mesure de l'instrumentalisation qui en est faite⁴⁶⁸.

La sécurité juridique détient également une force de référence servant d'outil interprétatif guidant les États parties et la Cour elle-même. Dans cette optique, elle peut servir dans un premier temps à l'appréciation de la conventionnalité d'une ingérence par rapport aux objectifs poursuivis par l'État. C'est également le cas lorsqu'elle évoque « le souci de garantir la sécurité juridique » ou encore « la sécurité juridique des liens familiaux » en matière de contentieux des filiations⁴⁶⁹. C'est le cas également lorsqu'elle examine la conventionnalité et l'effectivité de certains recours nationaux à l'une de « l'exigence de la sécurité juridique »⁴⁷⁰ ou lorsqu'elle apprécie le « degré suffisant de sécurité juridique » en matière d'expropriation⁴⁷¹. Il est vrai, la Cour reste souvent lacunaire sur ses exigences et ne constate pas systématiquement une violation sur ce fondement, notamment si l'ingérence est proportionnée au but légitime invoqué par l'État.

La dernière force normative est de nature discursive ou argumentative. Elle correspond aux fonctions de soutien et de renfort énoncés par le Professeur Michel DE SALVIA⁴⁷².

Spécifiquement à l'égard de la sécurité juridique, le Professeur François BRUNET écrit dans ses travaux sur la normativité que « la consécration positive d'une norme [...] de sécurité juridique n'est pas nécessaire pour que cette norme existe, et donc pour que ce principe ait une normativité juridique »⁴⁷³. Après avoir analysé la jurisprudence du Conseil d'État, il constate que « la sécurité juridique est à chaque fois utilisée dans un sens spécifique, pour atteindre un but particulier »⁴⁷⁴. Cette variabilité lui permet de conclure que ce principe est bel

⁴⁶⁷ CEDH, 13 avril 2011, Svetoslav Hristov c. Bulgarie, req. n° 36794/03, §35.

⁴⁶⁸ La Cour peut faire référence dans sa motivation au « principe de sécurité juridique » sans que celui-ci manifeste une quelconque force contraignante ou susceptible de créer des obligations à la charge de l'État, voy. par ex. CEDH, 22 juin 2006, Diaz Ochoa c. Espagne, req. n° 423/03 §50.

⁴⁶⁹ La sécurité juridique sert de justification à l'État dans la mise en oeuvre du délai de prescription mais la Cour ne sanctionne jamais sur ce fondement, servant d'élément de pondération dans la mise en balance des intérêts, voy. CEDH, Ch., 28 novembre 1984, Rasmussen c. Danemark, req. n° 8777/79, série A. 87, §41 (RTDH, 1998, 781, note J. SACE). Plus largement, voir infra, n° 311 et suiv.

⁴⁷⁰ CEDH, 27 juillet 2006, Efstathiou et autres c. Grèce, req. n° 36998/02, Rec. 2003-IX, §30.

⁴⁷¹ CEDH, 27 mai 2010, Sarica et Dilaver c. Turquie, req. n° 11765/05, §45 ; CEDH, 31 mai 2016, Kahyaoğlu et autres c. Turquie, req. n° 37203/05, §31.

⁴⁷² Selon l'auteur, l'application de « soutien » correspond aux cas où la sécurité juridique a constitué le principal soutien à la justification de la Cour tandis que l'application de « renfort » sert d'appui interprétatif, M. DE SALVIA, La place de la notion de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, CCC, 2001, n° 11.

⁴⁷³ F. BRUNET, La normativité en droit, op. cit., p. 380.

⁴⁷⁴ Ibidem.

et bien normatif⁴⁷⁵. Partageant cette observation pour ce qui est de la jurisprudence de la Cour, la polymorphie du principe illustre une normativité hétéroclite pleinement compatible avec le concept de normativité graduelle⁴⁷⁶. Cela étant, la manifestation d'une normativité fluctuante n'apparaît donc plus comme un obstacle à l'identification de sa nature principielle, mais comme l'une de ses caractéristiques identitaires. Cela étant, la sécurité s'impose donc comme un véritable « principe » dans la jurisprudence de la Cour européenne.

Georges RIPERT avait coutume de dire que « les juristes parlent en général des principes juridiques comme d'une notion bien connue et se dispense ainsi de l'analyser »⁴⁷⁷. En réalité, l'ambiguïté vient d'un trop-plein d'analyses et de divergences doctrinales qui rendent complexe l'extraction des critères d'identification des principes, surtout lorsque qu'elle porte sur une notion aussi obscure et évanescence que la sécurité juridique. Toutefois, en déjouant le piège d'une polymorphie inadaptée à la catégorie des principes⁴⁷⁸, l'identité principielle de la sécurité juridique se dévoile peu à peu. D'abord, la sécurité juridique n'est pas une règle de droit, ni un droit fondamental, détruisant par la même le mythe « des droits de l'homme à la sécurité juridique »⁴⁷⁹. Ensuite, la sécurité juridique comprend une pluralité de facettes : celle d'une « valeur » dans la mesure où elle est une finalité transcendant le droit de la Convention, et celle d'une « norme », en ce qu'elle emporte des effets plus ou moins contraignants sur les acteurs qui le composent. Or, la proximité du principe avec ces classifications n'alimente pas son obscurité mais vient au contraire consolider le bien-fondé de son appellation. Même si le critère de la normativité prête à confusion, il est révélateur d'une capacité adaptative qui s'inscrit dans la finalité même des principes et du système conventionnel. Les approches fonctionnelles liées à la notion de principe confirment ce constat. Elles mettent en lumière une multitude de fonctionnalités qui sied parfaitement à l'application du « principe » de sécurité juridique par la Cour européenne, dans laquelle il exerce tour à tour des fonctions de « complétude », de correction, de pondération et d'harmonisation. C'est pourquoi, de notre point de vue, le principe de sécurité juridique mérite pleinement son appellation. Sans doute reprochera-t-on à cette affirmation « d'avoir trouvé dans les vapeurs du droit "en suspension" »

⁴⁷⁵ Ibid., p. 381.

⁴⁷⁶ « Pour revêtir une certaine force normative, une norme n'a pas besoin d'avoir de la force à chacun des trois pôles, ni que sa force y soit portée à son plus haut degré de densité », in C. THIBIERGE, « Conclusions. Le concept de force normative », op. cit., p. 832.

⁴⁷⁷ G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, Paris, 1955, p. 132.

⁴⁷⁸ A. CRISTEAU, *L'exigence de sécurité juridique*, op. cit., p. 2814.

⁴⁷⁹ C. ATIAS, *Les paradoxes de l'office du juge et de la sécurité juridique*, Recueil Dalloz, 2003, p. 513.

un refuge trop facile »⁴⁸⁰. C'est pourtant dans ces mêmes « vapeurs » que se trouve la richesse fonctionnelle et conceptuelle du principe dans le paysage conventionnel. Sa polymorphie n'entrave aucune sa qualification en tant que « principe » mais met en relief sa nature sui generis, ce qui explique qu'il échappe à la catégorie de principe et, logiquement, aux différentes catégories des principes juridiques.

Section 2 : Un principe général Sui Generis

« Si principe il y a, il est si vague et si malléable entre les mains du juge européen que son contenu et son application sont largement imprévisibles, ce qui crée une nouvelle forme d'incertitudes »⁴⁸¹. Partageant le point de vue du Professeur Frédéric POLLAUD-DULIAN, la souplesse inhérente au principe de sécurité juridique rend malaisée une catégorisation univoque. L'absence de catégorisation stricte par la Cour incite à déployer une réflexion comparative au-delà des frontières conventionnelles. Dans les autres systèmes, la sécurité juridique se voit attribuer la plupart des classifications de principes telles que les principes fondamentaux ou les principes généraux du droit. Or, en droit de la Convention, elle est à la fois un principe général et une valeur fondamentale, comme cela été illustré précédemment. Si la flexibilité de la sécurité juridique lui confère une perméabilité lui ouvrant les portes d'un panel conséquent de classification, elle met surtout en évidence son incapacité à s'intégrer dans l'une de ces catégories. La tâche s'avère d'autant plus ardue que les classifications traditionnelles sont elles-mêmes soumises à l'imprécision et à l'hétérogénéité. De deux choses l'une. Soit le principe de sécurité juridique ne peut rentrer effectivement dans l'une des catégories susmentionnées et, dans cette hypothèse, il constitue un principe indéterminé dans la jurisprudence de la Cour européenne. Soit ces catégories sont inaptes conceptuellement, ce qui en fait un principe sui generis. La seconde hypothèse nous semble la plus pertinente. En effet, le principe de sécurité juridique se montre comme toute à la fois : une valeur, une norme, un argument, un idéal. Il est donc fondamentalement plurivoque. Cette singularité suggère alors de partir à la recherche d'une catégorie qui serait propre au système conventionnel. Parmi les catégories conceptuelles existantes, celle des principes généraux apparaît comme la plus adaptée dans le sens où elle s'articule aisément avec son caractère pluri catégorielle (**Sous -section 1**), et sa multi fonctionnalité (**Sous -section 2**).

⁴⁸⁰ P. MORVAN, Les visés de principes dans la jurisprudence de la Cour de cassation : inventaire d'un droit « hors la loi », LPA, 2005, n° 113, p. 5.

⁴⁸¹ F. POLLAUD-DULIAN, À propos de la sécurité juridique, RTD Civ., 2001, p. 491.

Sous- section 1 : un choix justifié par la singularité d'un principe pluri catégoriel

Comme on le sait, la sécurité juridique est reconnue par la Cour comme une valeur fondamentale de son système, suggérant une première classification dans la catégorie des principes fondamentaux. Si cette classification apparaît à première vue satisfaisante, elle apparaît cependant limitative compte tenu des autres aspects du principe de sécurité juridique (A). Pareillement, la classification en principe général du droit⁴⁸² ne parvient à convaincre. L'imprécision des critères d'identification et les incompatibilités des principes généraux du droit avec certaines caractéristiques du principe font craindre une classification inadaptée. Reste alors celle de « principe général de sécurité juridique », qui, en dehors du fait qu'elle soit la forme la plus usitée par le juge strasbourgeois, se présente comme la plus adaptée à sa spécificité (B).

A- La qualification satisfaisante d'un « principe fondamental » de sécurité juridique

Par opposition au juge de l'Union européenne⁴⁸³, la jurisprudence de la Cour européenne ne mentionne jamais l'existence d'un « principe fondamental de sécurité juridique »⁴⁸⁴. Ce vide sémantique est surprenant de prime abord. Une telle position revient même jusqu'à nier sa dimension axiologique qui contraste avec sa place essentielle en tant que principe inhérent, son lien avec la prééminence du droit ou son rattachement avec les valeurs de l'ordre public européen. Pour le lever le voile sur ces hésitations, un bref rappel de la notion de principe fondamental s'impose.

Distincts des « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République »⁴⁸⁵ et « principes fondamentaux » de l'article 34 de la Constitution⁴⁸⁶ – dont la reconnaissance n'est

⁴⁸² Cette classification est celle retenue en droit administratif et en droit de l'Union européenne.

⁴⁸³ 2 L'utilisation de l'expression « principe fondamental de sécurité juridique » reste cependant cantonnée aux cas liés à la forclusion : « la fixation de tels délais [...] constitue l'application du principe fondamental de sécurité juridique, qui protège à la fois le contribuable et l'administration concernée », CJCE, 16 décembre 1976, Rewe-ZentralfinanzG et Rewe-Zentral AG c. Landwirtschaftskammer für das Saarland, Rec. 1976, p. 01989, aff. C33/76, pt. 5 ; voy. plus récemment CJUE, 12 mars 2015, eVigilo Ltd c. Priešgaisrinės apsaugos ir gelbėjimo departamentas prie Vidaus reikalų ministerijos, aff. C-538/13, pt. 51.

⁴⁸⁴ La Cour fait seulement référence à la sécurité juridique en tant que l'un « des éléments fondamentaux de l'État de droit », CEDH, 28 mars 2000, Baranowski c. Pologne, req. n° 28358/95, Rec. 2000-III, §56.

⁴⁸⁵ P. GERARD, Aspects de la problématique actuelle des principes généraux du droit, Déviance et société, 1988, vol. 12, p. 75-90, spéc. p. 75. Pour une étude approfondie et générale sur les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et leur distinction avec les principes généraux, voy. V. CHAMPEIL-DEPLATS, Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République : Principes constitutionnels et justification dans les discours juridiques, PUAM, Economica, Paris, 2001.

⁴⁸⁶ B. GENEVOIS, « Le Conseil d'État et les principes », in S. CAUDAL (dir.), Les principes en droit, Economica, Paris, coll. « Études juridiques », 2008, n° 30, p. 325-341, spéc. p. 326.

que formelle – les « vrais » principes fondamentaux font l’objet d’une doctrine assez pauvre, ce qui explique la difficulté à trouver une définition exhaustive et complète⁴⁸⁷ sur ces derniers. Quelques éléments notionnels donnés par la doctrine – comme le rôle fondateur et le caractère axiologique – confortent l’existence innommée d’un « principe fondamental de sécurité juridique » en droit (**paragraphe 1**). Cependant, cette classification doit être rejetée, non pas en raison de son impertinence, mais parce qu’elle apparaît comme restrictive car elle exclut certaines fonctionnalités essentielles du principe (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : Une classification conforme

Présents formellement dans les préambules, ou aux premières loges des accords internationaux ou des constitutions qui y font référence, les principes fondamentaux sont considérés à la fois comme les principes fondateurs et comme des principes axiologiques. Une thèse consacrée au respect de la dignité humaine affirme en ce sens que « la fonction du principe fondamental est celle de fonder l’ordre juridique »⁴⁸⁸. Les principes fondamentaux ont donc vocation à poser les bases institutionnelles ainsi que les compétences entre les différents acteurs d’une organisation⁴⁸⁹. En droit de l’Union européenne, ils participent au bon fonctionnement du système et se rapprochent des principes fondateurs de l’ordre juridique de l’Union. Comme le précise le Professeur Denys SIMON, ils « traduisent une adhésion de l’Union à des principes de base qui commandent son fonctionnement »⁴⁹⁰. Puisant leur existence formelle dans la lettre de l’article 6§1 du Traité de Lisbonne⁴⁹¹, ils sont également le fruit de l’interprétation de la Cour de Justice qui les déduit de la notion de Communauté de droit. À cet égard, ils englobent « la garantie des droits fondamentaux, qui tirent leur origine des instruments internationaux [...] des traditions constitutionnelles ou d’instruments propres

⁴⁸⁷ « Les principes sont des normes juridiques dotées d’une généralité, d’une stabilité et d’une importance particulières. Considérés comme des normes fondamentales qui ne se déduisent d’aucune autre [...] ces principes se caractérisent [...] par leur généralité spécifique [...] » in, P. GERARD, Aspects de la problématique actuelle des principes généraux du droit, op. cit., p. 75. Cette définition ne nous paraît pas convaincante dans le sens où elle érige la fundamentalité comme l’une des composantes essentielles d’un principe, car tous les principes ne sont pas des principes fondamentaux.

⁴⁸⁸ B. MAURER, Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l’homme, Documentation française, Paris, 1999, p. 156-173.

⁴⁸⁹ D. SIMON, « Les principes en droit communautaire », in S. CAUDAL, Les principes en droit, op. cit., p. 297- 298. Voy. aussi P. MINGOZZI, Les principes fondamentaux du droit communautaire et les droits des États membres, RDUE, 2002/3, p. 435-460.

⁴⁹⁰ Ibidem.

⁴⁹¹ En vertu de l’article 6§1 du Traité sur l’Union Européenne (TUE), « les droits fondamentaux [...] tels qu’ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres font partie du droit de l’Union en tant que principes généraux ». Même si la lettre du traité fait référence aux « principes généraux », cette conception se rapproche plutôt de la terminologie des principes fondamentaux. Comme le confirme le Professeur Bertrand BRUNESSEN, la notion employée par le traité forme « une catégorie générique qui [...] semble renvoyer [...] à une source d’inspiration normative, qui, à des degrés divers, doit être concrétisée par une norme pour être appliquée », et se distingue en ce sens des principes généraux du droit, voy. B. BRUNESSEN, Retour sur un classique. Quelques remarques sur la catégorie des principes généraux du droit de l’Union européenne, RFDA, 2013, p. 1217.

à l'Union »⁴⁹². De la sorte, l'auteur rattache aux principes fondamentaux celui de la sécurité juridique ainsi que tous ses dérivés, comme la confiance légitime ou le principe de bonne administration de la justice⁴⁹³. Suivant les préceptes de ses confrères communautaristes, le Doyen Gérard COHEN-JONATHAN, dans son célèbre article consacré aux principes généraux⁴⁹⁴, reconnaît qu'il existe des principes dotés d'une essence fondamentale. Facilement reconnaissables compte tenu de leur caractère inhérent, ils sont « mis en lumière et façonnés de manière autonome par la Cour européenne des droits de l'homme ». De la sorte, ils constituent « les fondements du système européen de protection des droits fondamentaux, ses "assises essentielles" [déterminantes] pour la sauvegarde des droits de l'homme et de la société démocratique »⁴⁹⁵. Outre la liberté politique, le respect de la dignité humaine ou encore la prééminence du droit, il classifie implicite le principe de sécurité juridique par la référence du « droit au droit »⁴⁹⁶. En sus de leur caractère inhérent, la soumission des juges conventionnels aux principes fondamentaux en constitue un élément typique. En ce sens, le Président Jean-Paul COSTA relève que les principes fondamentaux du système de la Convention tirent leur origine de leur caractère exogène et constitutionnel. Tout comme les auteurs susmentionnés, il rattache également cette catégorie au principe la sécurité juridique⁴⁹⁷. Comme cela a été démontré dans les propos précédents, le principe de sécurité juridique provient d'une source endogène (le droit allemand et le droit de l'Union) et dispose désormais d'une valeur constitutionnelle ou supra législative dans les ordres juridiques nationaux⁴⁹⁸. Il est également un principe autonome dans la jurisprudence de la Cour. En outre, il est un principe qui structure matériellement et temporellement le droit de la Convention, puisqu'il assure la stabilité du mécanisme au niveau national et supranational⁴⁹⁹. La sécurité juridique pourrait donc bien être véritablement, un principe fondamental. Cette

⁴⁹² Ibid., p. 297.

⁴⁹³ Ibid., p. 298.

⁴⁹⁴ G. COHEN-JONATHAN, « Le rôle des principes généraux dans l'interprétation et l'application de la Convention européenne des droits de l'homme », in *Mélanges en hommage à Louis Edmond PETTITI*, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 165-196.

⁴⁹⁵ Ibid., p. 192.

⁴⁹⁶ « Le principe de la prééminence "du droit au droit" qui exige que la loi soit non seulement accessible mais aussi précise et prévisible, de sorte que le citoyen puisse en conséquence régler sa conduite », *ibid.*, p. 194. Sur ce constat, lire aussi Voy. F. SUDRE, « Existe-t-il un ordre public européen ? », in P. TAVERNIER (dir.), *Quelle Europe pour les droits de l'homme ?*, La Cour de Strasbourg et la réalisation d'une Union plus étroite (35 années de jurisprudence : 1959-1994), Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 39-80.

⁴⁹⁷ J-P. COSTA, « La Cour européenne des droits de l'homme et les principes », in S. CAUDAL (dir.), *Les principes en droit*, op. cit., p. 374.

⁴⁹⁸ *Supra*, n° 93-96.

⁴⁹⁹ Au niveau national, le principe de sécurité juridique se confond avec la légalité de l'ingérence, ce qui lui permet à la fois d'en encadrer les conditions d'exercice mais aussi de relever les éventuelles atteintes aux droits fondamentaux. Au niveau européen, il délimite la recevabilité des requêtes individuelles et étatiques au titre de l'article 35§1 de la Convention, voy. *infra*, n° 290.

idée se confirme d'autre plus grâce à la dimension axiologique attribuée à cette catégorie de principes⁵⁰⁰. Reprenant l'expression de l'internationaliste Michel VIRALLY selon laquelle ils forment « l'expression d'une sorte de philosophie inhérente à l'ordre juridique considéré [...] naturellement admise [...] et indiscutable »⁵⁰¹, Madame Béatrice MAURER démontre que ces principes, en sus d'un fondement objectif, ont également des fondements sociologiques et naturalistes hétéroclites, allant de la conscience collective à l'opinion universelle, en passant par le droit naturel⁵⁰². Cet élément n'est pas sans faire écho à la « valeur sécurité juridique » inhérente au principe.

Paragraphe 2 : Une classification limitante

Le principe de sécurité juridique noue indéniablement des liens conceptuels avec la catégorie des principes fondamentaux. Cependant, cette classification n'est pas entièrement satisfaisante. La première raison est aisément contournable. Elle concerne la question de l'assimilation ou de l'autonomie des principes fondamentaux avec les principes généraux du droit. Si le Doyen Gérard COHEN-JONATHAN n'opère pas une franche distinction entre ces deux catégories⁵⁰³, Madame Béatrice MAURER s'appuie sur la doctrine internationaliste afin de procéder à leur dissociation en consacrant les principes fondamentaux comme une catégorie autonome⁵⁰⁴. Elle fonde cette distinction sur la nature et la fonction respectives de chacune. Les principes généraux ont une nature positive et sont une source formelle du droit à part entière, par opposition aux principes fondamentaux, qui ne disposent que d'une positivité indirecte⁵⁰⁵. De surcroît, elle soulève que ces derniers sont essentiellement interprétatifs car ils n'ont pas pour finalité d'énoncer des prescriptions juridiques susceptibles de sanctions⁵⁰⁶. Si cette distinction a le mérite d'apporter des pistes de réflexions supplémentaires, celle-ci ne

⁵⁰⁰ Ils correspondent « aux principes axiologiques qui expriment par définition les valeurs primordiales de l'Union, D. SIMON, « Les principes en droit communautaire », op. cit., p. 297.

⁵⁰¹ M. VIRALLY, « Le rôle des "principes" dans le développement du droit international », Recueil d'études de droit international en hommage à Paul GUGGENHEIM, Éd. Faculté de droit de l'université de Genève, Genève, 1968, p. 531-554, spéc. p. 540 et suiv.

⁵⁰² B. MAURER, Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme, op. cit., p. 165-170.

⁵⁰³ « Tous les principes dits généraux ne sont pas cependant d'une égale valeur, certains sont fondamentaux », in G. COHEN-JONATHAN, « Le rôle des principes généraux dans l'interprétation et l'application de la Convention européenne des droits de l'homme », op. cit., p. 183.

⁵⁰⁴ B. MAURER, Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme, op. cit., p. 165-170.

⁵⁰⁵ Ibid, p. 159.

⁵⁰⁶ B. MAURER, Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme, op. cit., p. 239.

parvient à emporter une entière conviction⁵⁰⁷. En effet, la plupart des principes généraux issus de la jurisprudence de la Cour portent en leur sein des principes fondamentaux⁵⁰⁸. Ils apparaissent davantage comme des principes généraux de rang supérieur que comme une catégorie autonome au sein de la jurisprudence de la Cour. Ceci ne traduit pas une opposabilité catégorielle mais plutôt une imperméabilité, un principe conventionnel pouvant donc être à la fois général et fondamental. De surcroît, les principes fondamentaux ne sont pas des prescriptions impératives. Si la reconnaissance d'un principe fondamental de la sécurité juridique est séduisante, cette seule catégorisation occulterait en réalité son aspect normatif et contraignant. Dans la mesure où la catégorie des principes généraux du droit est plus générique et englobe les principes fondamentaux⁵⁰⁹, elle apparaît à même d'exemplifier la malléabilité reconnue du principe général.

B- La qualification opportune d'un « principe général » de sécurité juridique

« Expérience foucaldienne »⁵¹⁰ comme le rappelle régulièrement le Professeur Pierre BRUNET⁵¹¹, la théorie des principes généraux du droit fait l'objet d'un fétichisme juridique notoire tant en droit interne⁵¹² qu'au niveau supranational⁵¹³. Considérés comme le « haut de

⁵⁰⁷ En sens, Madame Béatrice MAURER affirme quelques lignes plus loin que « si la différence essentielle entre ces deux principes vient de leur nature, on y retrouve d'importantes similitudes matérielles entre eux. En tant que principes du droit, fondamentaux ou généraux, ils ont tous deux pour caractère d'être abstraits et se partagent les mêmes fondements », *ibid.*, p. 160.

⁵⁰⁸ G. COHEN-JONATHAN, « Le rôle des principes généraux dans l'interprétation et l'application de la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 165-169

⁵⁰⁹ « Tout principe fondamental est, à plus forte raison, en même temps un principe général, mais qu'inversement, tout principe général n'est pas pour autant un principe fondamental », in J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz, Paris, coll. « Méthodes du droit », 2012, 5ème éd., p. 108.

⁵¹⁰ V.-F. EWALD, « Une expérience foucaldienne : les principes généraux du droit », *Critique*, 1986, p. 788-793.

⁵¹¹ P. BRUNET, « À quoi sert la "théorie" des principes généraux du droit ? », *op. cit.*, p. 175-187.

⁵¹² En ce qui concerne le droit administratif, nous renvoyons, en sus des articles cités dans le cadre de cette analyse à R. CHAPUS, *De la valeur juridique des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles du droit administratif*, Dalloz, 1966, p. 99 ; B. JEANNEAU, *Les principes généraux dans la jurisprudence administrative*, Sirey, Paris, 1954. En ce qui concerne le droit privé, voy. parmi d'autres P. MORVAN, *Le principe en droit privé*, Éd. Panthéon-Assas, coll. « Droit privé », Paris, 1999 ; F. ZENATI-CASTAING, « Les principes généraux en droit privé », in S. CAUDAL (dir), *Les principes en droit*, *op. cit.*, p. 257-273 ; J.-P. GRIDEL, *La Cour de cassation française et les principes généraux du droit privé*, Recueil Dalloz, 2002, p. 228. En ce qui concerne enfin le droit constitutionnel, les principes généraux du droit sont utilisés avec parcimonie par le Conseil Constitutionnel, plus familier avec les principes de valeur constitutionnel, voy. en ce sens M. VERPEAUX, *Contrôle de constitutionnalité des actes administratifs (Normes de références)*, Répertoire de contentieux administratif, Dalloz. C'est pourquoi notre étude s'axe également sur les critères d'identification dégagés en droit administratif et en droit privé.

⁵¹³ Pour le droit international, nous renvoyons parmi une littérature abondante à M. VIRALLY, « Le rôle des "principes" dans le développement du droit international », in *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul GUGGENHEIM*, Éd. Faculté de droit de l'université de Genève, Genève, 1968, p. 531-554 ; H. ASCENSIO, « Principes généraux du droit », *Répertoire de droit international* Dalloz, 2004 ; G. PROTIERE, *Les principes généraux dans la jurisprudence internationale : éléments d'une différenciation fonctionnelle*, *op. cit.*, p. 259 ; M. COUSTON, « Les principes en droit international », in S. CAUDAL, *Les principes en droit*, *op. cit.*, p.

gamme » du droit jurisprudentiel⁵¹⁴, les principes généraux du droit sont la figure emblématique du pouvoir créateur du juge. De ce fait, le cœur des débats liés à cette thématique se centralise majoritairement sur leur discrétionnarité⁵¹⁵ et leur place ambiguë au sein de la hiérarchie des normes⁵¹⁶. La consécration récente du principe général de la sécurité juridique par l'arrêt KPMG⁵¹⁷ témoigne de la vitalité de cette catégorie, malgré la critique récurrente de leur dévalorisation⁵¹⁸. Cette consécration s'inscrit également dans l'assentiment général des juges et de la doctrine quant à l'existence de la sécurité juridique en tant que principe général du droit.

Du fait de sa nature principielle, la sécurité juridique présente de nombreuses similitudes à la fois avec la catégorie des principes généraux du droit et celle des principes généraux. Cependant, sa variabilité normative couplée à son incapacité à s'ériger en tant que source du droit dans la jurisprudence de la Cour se répercute sur le bien-fondé de la qualification en tant que principe général du droit (**Paragraphe1**). Si quelques écrits doctoraux consacrés à la sécurité juridique ont pu témoigner de son appartenance à cette catégorie⁵¹⁹, il appert que la Cour ne qualifie jamais explicitement la sécurité juridique comme un principe général du droit, mais seulement comme un « principe général »⁵²⁰. Confondus régulièrement avec les principes généraux du droit, les principes généraux présentent toutefois des divergences définitionnelles. Formant alors une catégorie propre et

305-319. En ce qui concerne le droit de l'Union européenne, voy. principalement J. MOLINIER, Les principes fondateurs de l'Union Européenne, PUF, Paris, coll. « Droit & Justice », 2005 ; R-E. PAPADOPOULOU, Principes généraux du droit et droit communautaire. Origines et concrétisation, Bruylant, Bruxelles, 1996 ; C. BLUMANN, L. DUBOIS Droit institutionnel de l'Union européenne, LexisNexis, Paris, 2017 ; J-P. JACQUE, Droit institutionnel de l'Union européenne, Dalloz, Paris, 2016, 8ème éd., p. 529 et suiv. ; P. PESCATORE, « Les principes généraux du droit en tant que source du droit communautaire - Rapport communautaire », 12ème congrès de la FIDE, 1986 ; D. SIMON, Y-a-t-il des principes généraux en droit communautaires ?, Droits, 1991, n° 14, p. 8. Voy. plus récemment Les principes généraux du droit de l'Union européenne, Actes du colloque à l'occasion du 50ème anniversaire des Cahiers de droit européen, CDE, 2016, vol. 52, n° 1.

⁵¹⁴ B. GENEVOIS, « Le Conseil d'État et les principes », op. cit., spéc. p. 339.

⁵¹⁵ P. GERARD, Aspects de la problématique actuelle des principes généraux du droit, op. cit., p. 75.

⁵¹⁶ Pour un résumé des controverses liées à cette thématique, voy. P. BRUNET, « Les principes généraux du droit et la hiérarchie des normes », in L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel TROPER, Economica, Paris, 2006, p. 207-221.

⁵¹⁷ CE, Ass., 24 mars 2006, KPMG et autres, n° 288460, Rec. Lebon p. 154 (GAJA, 2019, n° 104).

⁵¹⁸ « À la promotion des principes généraux a succédé la dévalorisation de ceux-ci, non pas en raison de leur déclin, mais bien au contraire en raison de leur extrême vulgarisation qui sape leur portée », in M. DEGUERGUE, « Principes généraux du droit », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J-P. MARGUENAUD, S. RIALS, F. SUDRE (dir.), Dictionnaire des Droits de l'homme, PUF, Paris, 2008, 1ère éd., p. 633-636.

⁵¹⁹ C. SALVIEJO, Le principe de sécurité juridique en droit communautaire et européen, thèse dactyl., Université de Montpellier I, 2003, p. 62 et suiv.

⁵²⁰ Par exemple, dans le cadre de l'article 5§1, la Cour fait systématiquement au « principe général de sécurité juridique », CEDH, Gde. Ch., 9 juillet 2009, Mooren c. Allemagne, req. n° 11364/03, §76 ; CEDH, 1er mars 2016, Kholmurodov c. Russie, req. n° 58923/14, §85.

autonome en droit de la Convention⁵²¹, ce type de principes se rapproche des spécificités conceptuelles inhérentes au principe de la sécurité juridique (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : Une classification inadéquate en principe général du droit

Popularisés par les écrits d'Édouard LAFFERIERE⁵²², les principes généraux du droit connaissent un essor considérable après la Seconde Guerre Mondiale⁵²³. Ils se définissent comme des « règles admises par la jurisprudence comme s'imposant à l'administration dans ses rapports avec les particuliers, même sans texte, et ayant une valeur égale à celle de la loi, de sorte que celle-ci peut y déroger et que, au contraire, l'administration et le pouvoir réglementaire doivent les respecter »⁵²⁴. Corroborés par des définitions similaires en droit de l'Union européenne⁵²⁵ et en droit international⁵²⁶, les efforts continus de théorisation ne sont cependant pas parvenus à disperser le brouillard encerclant ces principes non-écrits, de sorte qu'ils présentent encore aujourd'hui « un caractère inachevé et des contours parfois incertains »⁵²⁷.

Proliférant au sein d'un « milieu semi-liquide »⁵²⁸, les principes généraux du droit disposent d'attributs communs aux principes qui ont été par la suite enrichis et réadaptés selon

⁵²¹ K. GRABARCZYK, Les principes généraux dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, op. cit.

⁵²² « Il est vrai que le Conseil d'État [...] n'a pas l'habitude d'exposer dans ses arrêts, toutes les déductions juridiques qui motivent ses décisions [...]. Elles ont pour base lorsque les textes font défauts, des principes traditionnels, écrits ou non écrits, qui sont en quelque sorte inhérents à notre droit public et administratif », E. LAFFERIERE, Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, Éd. Berger-Levrault & Cie, Paris, 1887, p. 13, emprunté à B. GENEVOIS, Principes généraux du droit, Répertoire de contentieux administratif, Dalloz, 2010, pt. 6.

⁵²³ Pour plus de détails sur l'historique des principes généraux du droit et leur impact sur la pensée juridique moderne, lire C. PERELMAN, Logique juridique. Nouvelles rhétoriques, Dalloz, Paris 2006, p. 75-87.

⁵²⁴ G. CORNU, Vocabulaire juridique, PUF, Paris, coll. « Quadrige », 2018, 12^{ème} éd., p. 806.

⁵²⁵ Similairement, le Professeur Jean-Paul JACQUE identifie « les principes généraux du droit [comme] des règles juridiques qui constituent l'un des instruments du contrôle de légalité » et les Professeurs Claude BLUMANN et Louis DUBOIS comme « des règles de droit non écrites auxquelles le juge reconnaît une valeur générale qui les rend applicable en l'absence même de texte », voy. respectivement J-P. JACQUE, Droit institutionnel de l'Union européenne, op. cit., p. 529 et C. BLUMANN, L. DUBOIS, Droit institutionnel de l'Union européenne, op. cit., p. 653.

⁵²⁶ « Propositions premières dégagées de l'ensemble du système juridique par voie de synthèse, considérées comme exactes et susceptibles, en conséquence, de justifier des déductions dans l'ordre juridique », J. BASDEVANT, Dictionnaire de la terminologie du droit international, Paris, Sirey, 1960, p. 472. Ils sont aisément reconnaissables par leur « haut niveau d'abstraction et à leur extrême généralité dont l'effet est de condenser le plus souvent la règle désignée en une formule simple », in P-M. DUPUY, Droit international public, Dalloz, Paris, coll. « Précis », 13^{ème} éd., p. 374.

⁵²⁷ B. GENEVOIS, Principes généraux du droit, Répertoire de contentieux administratif, 2010, pt. 34.

⁵²⁸ J. MEUNIER, « Les principes non écrits dans la jurisprudence constitutionnelle et administrative, éléments de cartographie », in Du droit interne au droit international : le facteur religieux et l'exigence des droits de l'homme. Mélanges Raymond GOY, Publications de l'Université de Rouen, Rouen, 1998, p. 119-130, spéc. p.119.

les systèmes juridiques. Premièrement, ils sont dotés d'une généralité manifeste qui est d'ordre quantitative et formelle. Ils sont révélés explicitement par le juge⁵²⁹ ou, dans le cas contraire, déterminés par leur caractère universel et transversal⁵³⁰. Deuxièmement, ils s'intègrent dans un « bloc de la légalité »⁵³¹. Ils forment une « source non-écrite [...] car déduite par le juge du droit existant »⁵³². Leur émergence sera justifiée par les traditions juridiques communes aux États membres⁵³³, ou par les règles coutumières du droit international⁵³⁴. Troisièmement, leur mode de création est identique aux principes puisqu'ils sont issus de l'œuvre créatrice d'un juge cherchant à combler les lacunes du droit, par la voie d'une interprétation jurisprudentielle téléologique ou finaliste⁵³⁵. Quatrièmement, ils sont généralement vecteurs d'obligations à l'encontre de leurs destinataires⁵³⁶.

Indépendamment de ces éléments, les principes généraux du droit ont des caractéristiques singulières. Primo, ils sont désignés comme des gages de continuité et d'adaptabilité du droit⁵³⁷ et sont généralement signes de vitalité juridique. De ce fait, leur récurrence jurisprudentielle constitue un indice essentiel dans leur identification, sans s'ériger toutefois comme un critère prépondérant. Par exemple, en droit de l'Union européenne, « si les déclarations théoriques concernant le caractère fondamental des principes généraux déduits et appliqués en l'absence de textes sont multiples et constantes, la juridiction communautaire ne les a pas, dans la plupart des cas, assorties de sanctions effectives »⁵³⁸. De manière encore plus marquée, cette apparente continuité est écorchée par le caractère

⁵²⁹ En droit de l'Union européen et en droit administratif, la reconnaissance formelle d'un principe général du droit par le juge emporte de facto sa reconnaissance conceptuelle en tant que tel, voy. en ce sens J. MOLINIER, *Principes généraux*, Répertoire de droit européen, 2016, pt. 6, ainsi que B. GENEVOIS, *Principes généraux du droit*, Répertoire de contentieux administratifs, 2010, pts. 35-36. Le droit international semble diverger sur cet aspect, voy. M. VIRALLY, « Le rôle des "principes" dans le développement du droit international », op. cit., p.544-546

⁵³⁰ Voy. par ex. D. CARREAU, *Droit international*, Pedone, Paris, coll. « Études internationales », 2010, 10ème éd., p. 273.

⁵³¹ J. MEUNIER, « Les principes non écrits dans la jurisprudence constitutionnelle et administrative, éléments de cartographie », op. cit., p. 119.

⁵³² B. GENEVOIS, *Principes généraux du droit*, Répertoire de contentieux administratifs, 2010, pt. 36 ; P. GERARD, *Aspects de la problématique actuelle des principes généraux du droit*, in *Déviante et société*, 1988, vol. 12, n°1, p. 75-90.

⁵³³ R-E. PAPADOPOULOU, *Principes généraux du droit et droit communautaire. Origines et concrétisation*, Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 14 ; D. SIMON, « Les principes en droit communautaire », op. cit., p. 297.

⁵³⁴ M. VIRALLY, « Le rôle des "principes" dans le développement du droit international », op. cit., p. 531-554.

⁵³⁵ B. GENEVOIS, *Principes généraux du droit*, Répertoire de contentieux administratifs, 2010, p. 40-41.

⁵³⁶ Ibid., p. 35.

⁵³⁷ « La notion de principe général du droit doit être réservée à des normes dotées d'une certaine permanence », B. GENEVOIS, « Principes généraux du droit », op. cit., pt. 103 ; F. MODERNE, *Légitimité des principes généraux et théorie du droit*, RFDA, 1999, n° 4, p. 722-742.

⁵³⁸ R-E. PAPADOPOULOU, *Principes généraux du droit et droit communautaire. Origines et concrétisation*, op. cit., p. 288

éminemment transitoire des principes généraux du droit international « puisqu'ils ont vocation à donner naissance soit à des coutumes soit à des règles conventionnelles. [...] Ils en viennent ainsi à eux-mêmes disparaître par "absorption" »⁵³⁹. Secundo, leur reconnaissance en tant que source du droit constitue à la fois un critère tout aussi distinctif que polémique. Largement débattue par la doctrine, la question de leur autonomie est souvent reconsidérée du fait de leur proximité avec le mode de formation des règles coutumières⁵⁴⁰. À la vérité, l'épicentre des controverses se situe davantage au niveau de la distinction entre les principes généraux de droit et les principes généraux du droit.

Les principes généraux de droit sont traditionnellement considérés comme des sources directes du droit international⁵⁴¹ issues de l'article 38 du statut de la Cour internationale de justice⁵⁴². Par opposition, les principes généraux du droit sont entendus comme les « règles générales déduites de l'esprit des coutumiers et des conventions en vigueur »⁵⁴³. Contrairement aux premiers, qui doivent être reconnus par le droit positif émanant des États et transposés dans l'ordre juridique international, les seconds sont dégagés par le juge⁵⁴⁴ pour marquer l'autonomie du droit international par rapport à la société internationale⁵⁴⁵. Partant, l'utilisation prétorienne des principes généraux du droit vise à supplanter les sources formelles en devenant des sources matérielles du droit international⁵⁴⁶. Sous ce prisme, et sans nier l'existence de cette problématique ni de son impact sur la

⁵³⁹ D. CARREAU, *Droit international*, op. cit., p. 273.

⁵⁴⁰ Voy. sur cette critique G. SCHELLE, *Manuel de droit international public*, Domat-Monchrestien, Paris, 1948 ; G. PROTIÈRE, *Les principes généraux dans la jurisprudence internationale : éléments d'une différenciation fonctionnelle*, RDP, 2008, p. 259, P. DAILLIER, M. FORTEAU, N. QUOC DINH et A. PELLET, *Droit international public*, LGDJ, Paris, coll. « Traités », 8ème éd., p. 380-386.

⁵⁴¹ P. DAILLIER, M. FORTEAU, N. QUOC DINH et A. PELLET, *Droit international public*, op. cit., p. 381.

⁵⁴² En vertu de l'article 38 du statut de la Cour internationale de justice inclus à la Charte des Nations Unies du 26 juin 1945 : « la Cour, dont la mission est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis, applique [...] les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées [...] ».

⁵⁴³ P. DAILLIER, M. FORTEAU, N. QUOC DINH et A. PELLET, *Droit international public*, op. cit., p. 378.

⁵⁴⁴ P.-M. DUPUY, *Droit international public*, Dalloz, Paris, coll. « Précis », 13ème éd., p. 374.

⁵⁴⁵ Dans la fameuse « Affaire du Lotus », la Cour permanente de justice internationale énonce que si « le sens des mots "principes du droit international" ne peut, selon leur usage général, signifier autre chose que le droit international tel qu'il est en vigueur entre toutes les nations faisant partie de la communauté internationale [...]. Il n'est pas impossible –sauf en vertu d'un texte précis –, d'interpréter le terme "principes du droit international" autrement que comme signifiant les principes en vigueur entre toutes les nations indépendantes », CPJI, 7 septembre 1927, Affaire du Lotus, série A, n° 10, Rec. p. 16-17.

⁵⁴⁶ P.-M. DUPUY, *Droit international public*, op. cit., p. 378 ; voy. également M. VIRALLY, « Le rôle des "principes" dans le développement du droit international », op. cit., p. 533 ; G. PROTIÈRE, *Les principes généraux dans la jurisprudence internationale : éléments d'une différenciation fonctionnelle*, op. cit., p. 259.

hiérarchisation des sources en droit international⁵⁴⁷, il est possible d'admettre que les principes généraux du droit puissent être des sources non écrites du droit international⁵⁴⁸.

Les principes généraux du droit sont destinés à s'imposer à l'ensemble des acteurs d'un système⁵⁴⁹, à l'image du principe de sécurité juridique. À titre d'exemple, la Cour a réaffirmé récemment qu'elle doit « s'assurer que le droit interne se conforme lui-même à la Convention, y compris aux principes généraux énoncés ou impliqués par elle, notamment le principe général de la sécurité juridique »⁵⁵⁰. Les requérants sont également soumis au respect de leur propre sécurité juridique dont la responsabilisation se manifeste par la consolidation du standard du « requérant éclairé »⁵⁵¹, au même titre que le juge strasbourgeois pour la régulation de sa jurisprudence⁵⁵². Cependant, cette dimension contraignante se réalise à des degrés d'intensité et de normativité variables ne donnant pas lieu à une violation systématique en cas de non respect. Précédemment, il a pu être démontré que l'invocabilité du principe par les requérants ou les États parties n'entraînent pas sa reprise automatique dans la motivation de la Cour, et que les constats de violation ne s'effectuent pas nécessairement sur le seul fondement de la sécurité juridique⁵⁵³. En droit de l'Union européenne, cette absence de sanction systématique en cas de méconnaissance de la sécurité juridique est compatible avec sa qualification de principe général du droit⁵⁵⁴, alors qu'en droit privé elle est au contraire

⁵⁴⁷ Du fait de leur proximité avec l'élaboration des règles coutumières ainsi que de leur caractère subsidiaire et transitoires, les principes généraux du droit pourraient ne pas être reconnus comme une source matérielle à part entière. Pour de brefs résumés de ces controverses doctrinales, nous renvoyons à D. CARREAU, *Droit international*, op. cit., p. 273. Sur les divergences entre les différentes écoles, voy. spécifiquement P. VELLAS, *Droit international public*, LGDJ, Paris, 1967, p. 186-187.

⁵⁴⁸ A. VERDROSS, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence internationale*, RCADI, 1935-II, vol. 52., p. 195-251 ; lire aussi L. LE FUR, « La coutume et les principes généraux de droit comme sources du droit international public », *Recueil d'études sur les sources de droit en l'honneur de François Gény*, réédition Librairie Duchemin, Paris, 1977, tome III, p. 362. Le Professeur Henri ASCENSIO adopte une position de compromis en affirmant que « la concrétisation des principes repose sur un mélange inextricable de l'approche formelle (hétérointégration de règles de droit interne positif externes) et de l'approche matérielle (imprégnation du système juridique par des valeurs) », in H. ASCENSIO, *Principes généraux du droit*, op. cit., p. 24.

⁵⁴⁹ B. GENEVOIS, « *Principes généraux du droit* », op. cit., pt. 50.

⁵⁵⁰ CEDH, 19 janvier 2017, *Ivan Todorov c. Bulgarie*, req. n° 71545/11, §33.

⁵⁵¹ *Infra*, n° 563.

⁵⁵² C'est cette absence de systématisation entre l'invocabilité du principe et sa sanction effective qui a justifié son exclusion d'ailleurs des droits fondamentaux, voy. *supra*, n° 182.

⁵⁵³ *Supra*, n° 191.

⁵⁵⁴ Concernant le principe de la sécurité juridique, l'auteur constate en effet, qu'en dépit de l'essor considérable de ce dernier, l'absence d'annulation systématique des actes de l'Union européenne, couplée à une interprétation parfois contradictoire du principe, ternissait son effectivité réelle et in fine « le triomphe » des principes généraux du droit, R-E. PAPADOPOULOU, *Principes généraux du droit et droit communautaire. Origines et concrétisation*, op. cit., p. 288-290.

estimée incompatible⁵⁵⁵. Pour ce qui est du droit de la Convention, cette absence est révélatrice d'incertitudes quant à sa compatibilité effective avec les principes généraux du droit. Par ailleurs, la variabilité normative du principe de sécurité juridique l'empêche d'accéder aux rangs des sources de droit, critère distinctif par excellence des principes généraux du droit. Sans entrer dans les détails des crises actuelles traversées par cette notion⁵⁵⁶, on peut cependant retenir qu'une source du droit s'identifie généralement comme « les forces d'où surgit le droit positif »⁵⁵⁷ comprenant « l'ensemble des règles juridiques applicables à un moment donné »⁵⁵⁸. Elle est aussi perçue comme « mode de production des normes »⁵⁵⁹. En dehors de la dichotomie classique entre les sources formelles et matérielles⁵⁶⁰, le principe de sécurité juridique ne peut s'apparenter à une source de droit. Implicite et non présent dans le texte de la Convention, sa consécration prétorienne ainsi que son rattachement à la prééminence du droit l'en exclut de facto. Cependant, c'est sa normativité graduelle qui entrave toute existence en tant que principe général du droit. Même si la normativité du principe s'exerce à des degrés différents, l'inconstance de son caractère obligatoire ainsi que l'absence d'une juridicité effective entravent son assertion en tant que source du droit, et consécutivement, comme principe général du droit.

Paragraphe 2 : Une classification adéquate en principe général

Les principes généraux sont des « règles de droit objectif, non de droit naturel ou idéal, exprimées ou non dans les textes mais appliquées par la jurisprudence et dotées d'un caractère suffisant de généralité [...] [et] sont moins rigides et moins précis que les prescriptions de texte formel »⁵⁶¹. À l'inverse d'un droit public plus familier des principes généraux du droit⁵⁶², le droit privé est rompu aux incertitudes notionnelles des principes

⁵⁵⁵ Selon le Professeur Antoine CRISTEAU, « conférer à la sécurité juridique la valeur d'un principe général du droit serait source d'insécurité juridique [...]. Une telle prérogative semble difficilement admissible au regard de la définition incertaine de la sécurité juridique », A. CRISTEAU, *L'exigence de sécurité juridique*, op. cit., p. 2814.

⁵⁵⁶ Pour un résumé des différentes problématiques contemporaines liées aux sources du droit, voy. P. DEUMIER et T. REVET, « Sources du droit (Problématique générale) », in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Paris, coll. « Quadrige-Dicos Poche », 2003, p. 1431-1434.

⁵⁵⁷ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 824-825.

⁵⁵⁸ P. JESTAZ, *Sources délicieuses, Remarques en cascades sur les sources du droit*, RTD Civ., 1993, p. 73.

⁵⁵⁹ V. LASSERRE-KIESOW, *Le renouvellement des sources du droit*, Recueil Dalloz, 2006, p. 2279.

⁵⁶⁰ F. TERRE, *Introduction générale du droit*, Dalloz, Paris, coll. « Précis », 2006, p. 223. Sur la distinction des sources selon les traditions juridiques, lire P. JESTAZ, *Les sources du droit : le déplacement d'un pôle à l'autre*, RTD Civ., 1996, p. 299.

⁵⁶¹ Ibid., p. 104.

⁵⁶² Pour preuve, en droit administratif, hormis une étude de référence sur les principes généraux (voy. B. JEANNEAU, *Les principes généraux dans la jurisprudence administrative*, Sirey, Paris, 1954), la plupart des travaux sont consacrés aux principes généraux du droit.

généraux⁵⁶³, en dépit d'une longue période de marginalisation doctrinale⁵⁶⁴. La surabondance des écrits qui leur sont consacrés font majoritairement état d'un principe essentiel mais dépourvu de toute existence juridique propre⁵⁶⁵. Une étude de principe attire en particulier l'attention sur l'écart entre une représentation omniprésente et l'abstraction de leur réalité juridique⁵⁶⁶. La diversité terminologique entre les principes généraux et les notions connexes n'est pas démonstrative d'une diversité substantielle dans leurs effets. C'est pourquoi cette même étude dissocie les principes généraux des sources formelles du droit⁵⁶⁷. Dans un second temps, le défaut de généralité, de primauté et d'abstraction – en comparaison aux règles de droit ou aux principes – ne leur confère pas un contenu suffisamment singulier pour aboutir au constat d'une espèce de norme ou de catégorie juridique autonome⁵⁶⁸. Dans cette perspective, s'ils sont souvent posés comme « les éléments les plus remarquables de la légalité et parés des attributs les plus prestigieux »⁵⁶⁹, ils se réduiraient à de simples principes fictifs.

De prime abord, cette carence catégorielle exclurait logiquement la sécurité juridique des principes généraux en faveur des principes généraux du droit. Toutefois, une étude menée par Madame Katarzyna GRABARCZYK – et qui est consacrée exclusivement aux principes généraux dans la jurisprudence de la Cour – parvient à un constat opposé, et tranche radicalement avec la position suscitée. Dans le cadre d'une approche formelle, cette analyse met en lumière l'utilisation exceptionnelle des principes généraux du droit au profit d'une référencement massive et affirmée des principes généraux⁵⁷⁰. Si leur consécration s'effectue en raccord plus ou moins avec le texte conventionnel⁵⁷¹, ce critère doit être relativisé. Il a été soulevé précédemment que les principes généraux du droit sont dotés d'une positivité

⁵⁶³ Parmi un panel conséquent nous renvoyons principalement à P. MORVAN, *Le principe en droit privé*, Éd. Panthéon-Assas, coll. « Droit privé », Paris, 1999 ; M. DE BECHILLON, *La notion de principe général en droit privé*, PUAM, Aix-Marseille, 1998 ; J. BOULANGER, « Principes généraux et droit positif », in *Le droit privé au milieu du XXème siècle. Études offertes à Georges RIPERT*, LGDJ, Paris, 1950, n° 5, t.1, p. 56 et sui

⁵⁶⁴ Le Professeur Frédéric ZENATI-CASTAING souligne le paradoxe d'une telle marginalisation doctrinale alors même que les principes généraux sont aux fondements même du droit privé, in F. ZENATI-CASTAING, « Les principes généraux en droit privé », op. cit., p. 258.

⁵⁶⁵ Voy. M. DE BECHILLON, *La notion de principe général en droit privé*, op. cit., p. 20-25.

⁵⁶⁶ « Les principes généraux constituent un instrument privilégié de cette mise en scène entretenue par la forme générale du discours. Cela explique certainement la faveur dont jouit l'invocation des principes, alors même qu'ils ne constituent pas des éléments autonomes du droit positif, qu'ils ne désignent rien de spécifique. [...] C'est ici la représentation abstraite que les juristes se font des principes qui compte. », *ibid.*, p. 280.

⁵⁶⁷ « Ces différentes expressions semblent complètement interchangeables [...] bref rien n'autorise à opérer des distinctions substantielles entre les normes en considération des étiquettes apposées sur elles par leur auteur », *ibid.*, p. 278.

⁵⁶⁸ *Ibid.*, p. 279.

⁵⁶⁹ *Ibid.*, p. 280.

⁵⁷⁰ K. GRABARCZYK, *Les principes généraux dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 122-136.

⁵⁷¹ *Ibid.*, p. 480.

équivalente par leur rattachement plus ou moins explicite à un texte. Il n'apparaît donc pas être un critère spécifiquement décisif ni distinctif. Il ne parvient qu'à mettre en évidence des « flottements sémantiques »⁵⁷² de leur utilisation. Cette étude parvient alors à prouver, par le concours de critères matériels et substantiels, qu'au-delà de leur apparente synonymie, la catégorie des principes généraux s'impose comme spécifique et autonome dans la jurisprudence de la Cour⁵⁷³. Si cette position diverge par rapport au droit privé, cette solution s'inscrit dans la continuité des travaux relatifs aux principes en droit de la Convention européenne des droits de l'homme⁵⁷⁴. Au surplus, cette étude relève des divergences substantielles et fonctionnelles entre les principes généraux et les principes généraux du droit. En effet, par opposition à ces derniers qui créent, dégagent ou découvrent des sources non-écrites, les principes généraux tirent leur innovation par le fait qu'ils ne sont pas constitutifs de sources du droit⁵⁷⁵. En d'autres termes, ils ne sont pas des bases résolutives des litiges, mais représentent des instruments interprétatifs établissant des directives de lecture et d'interprétation⁵⁷⁶ adaptées à la spécificité d'un système conventionnel évolutif. De la sorte, « sans constituer une source autonome, ces principes généraux ont incontestablement permis d'interpréter de manière extensive les dispositions conventionnelles [...] et de déterminer [...] plus précisément et plus concrètement les dispositions conventionnelles »⁵⁷⁷. En conséquence, les principes généraux conventionnels sont dissociés des principes généraux du droit étant donné qu'ils ne représentent pas des sources autonomes de droit mais des sources d'inspiration prétorienne adaptées aux particularités du contentieux des droits de l'homme⁵⁷⁸.

Si les principes généraux remplissent des fonctions similaires aux principes généraux du droit, ils constituent néanmoins « des instruments spécifiques permettant de préserver la

⁵⁷² Ibid., p. 112 et suiv.

⁵⁷³ Ibid., p. 294-323

⁵⁷⁴ « En l'absence d'un catalogue écrit de droits fondamentaux, la Cour des Communautés est obligée de recourir explicitement aux principes généraux du droit pour en constater l'existence et en définir le contenu. Le système de Strasbourg repose au contraire sur un socle conventionnel. Toutefois c'est pour préciser des textes parfois lapidaires et pour garantir un droit évolutif que l'on a recours, quelques fois sans le dire, aux principes généraux », G. COHEN-JONATHAN, « Le rôle des principes généraux dans l'interprétation et l'application de la Convention européenne des droits de l'homme », op. cit., p. 186.

⁵⁷⁵ Ibid., p. 480-481.

⁵⁷⁶ K. GRABARCZYK, Les principes généraux dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, op. cit., p. 122.

⁵⁷⁷ Ibid., p. 481.

⁵⁷⁸ « Si les principes généraux du droit sont aujourd'hui unanimement reconnus comme étant des sources non écrites du droit, les principes généraux dans le système européen de protection des droits de l'homme répondent à un autre objectif. Le recours fait par la Cour européenne révèle leur rôle en tant que technique d'interprétation. On assiste ainsi à l'émergence d'une nouvelle catégorie de principes, propres au système de la Convention [...] et particulièrement adaptés à la spécificité du contentieux européen de protection des droits de l'homme », ibid., p. 322.

liberté des juges européens dans l'interprétation et l'application de la Convention »⁵⁷⁹ dans une finalité d'extension et du développement du droit conventionnel et dans lesquels s'inscrit pleinement le principe de sécurité juridique. Il s'applique généralement dans la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité, ce qui permet de renforcer, dans une certaine mesure, l'effectivité des droits⁵⁸⁰. Souvent, sa participation se fait à titre indirect, car il participe à l'extension d'un droit conventionnel par le biais de ses dérivés⁵⁸¹. Ainsi, le principe de sécurité juridique se manifeste davantage comme un outil interprétatif dans le cadre de la protection effective des droits conventionnels⁵⁸². De surcroît, la catégorie des principes généraux s'adapte parfaitement avec la malléabilité interprétative et la normativité graduelle du principe. Enfin, elle englobe aisément l'aspect interprétatif intrinsèque au principe avec son caractère fondamental et axiologique⁵⁸³.

Rejoignant en conséquence la position de Madame Katarzyna GRABARCZYK⁵⁸⁴, la sécurité juridique s'apparente davantage à un principe général dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qu'à un principe général du droit comme en droit administratif ou en droit de l'Union⁵⁸⁵. Les spécificités propres aux principes généraux de la Convention s'accordent harmonieusement avec la souplesse catégorielle des principes généraux. Le principe de sécurité juridique étant un principe pluri catégoriel, ce choix lui permet de ne pas dénaturer ses multiples fonctionnalités.

⁵⁷⁹ Ibid., p. 484.

⁵⁸⁰ Nous verrons plus loin dans cette étude que cette corrélation n'est pas toujours systématique, infra, n° 542.

⁵⁸¹ À titre illustratif, la Cour s'appuie sur la notion d'espérance légitime pour élargir la notion de bien aux créances conditionnelles ou hypothétiques et étendre le champ d'application de l'article 1 du Protocole n° 1 au profit d'une protection renforcée du droit de propriété. Dans l'arrêt de principe Kopecký contre Slovaquie, la sécurité juridique n'est nullement mentionnée dans la motivation de la Cour, CEDH, Gde. Ch., 28 septembre 2004, Kopecký c. Slovaquie, req. n°44912/98, Rec. 2004-IX, §45 (AJDA, 2005, 541, chron. J-F. FLAUSS ; RTD Civ., 2006, 263, note J-P. MARGUENAUD).

⁵⁸² K. GRABARCZYK, Les principes généraux dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, op. cit., p. 370.

⁵⁸³ « Les "principes généraux" auxquels se réfèrent la Cour sont principalement des directives de lecture et d'interprétation du texte conventionnel au même titre que les " principes fondamentaux" auxquels elle se réfère dans ses arrêts. Ces principes découlent du texte d'ensemble de la Convention et désignent les fondements du système conventionnel », K. GRABARCZYK, Les principes généraux dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, op. cit., p. 122.

⁵⁸⁴ Utilisant une grille conceptuelle comprenant des critères multiples (formel, fonctionnel, organique et matériel), Madame Katarzyna GRABARCZYK identifie quatre principes généraux, dont le principe de la sécurité juridique. Le répertoriant dans les principes d'équilibre au même titre que le principe de la proportionnalité, son autonomisation et sa capacité à trancher des litiges lui permettent d'aboutir à cette classification, d'autant plus que « les applications du principe de sécurité juridique dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme tendent vers l'amélioration du droit », mettant ainsi en exergue sa corrélation avec l'objectif, d'effectivité, ibid., p. 254.

⁵⁸⁵ Ibid., p. 267-291.

Sous- section 2 : Un choix entériné par la singularité d'un principe pluri fonctionnel

Simplifiant la multitude de classifications plus ou moins corrélées aux principes généraux⁵⁸⁶, notre étude retiendra celle du Professeur Jean-Louis BERGEL. Dans sa classification, il différencie dans un premier temps les fonctions fondamentales (**A**), correspondant aux fonctions essentielles représentées par les principes interprétatifs et les principes normatifs⁵⁸⁷, puis, dans un second temps, les fonctions techniques (**B**), regroupées autour des principes directeurs et des principes correcteurs⁵⁸⁸. Outre une certaine commodité d'analyse, le choix de cette classification se justifie à la lumière des spécificités du principe conventionnel de sécurité juridique.

A- L'alternance atypique des fonctions fondamentales

À la fois normatif et interprétatif, la conciliation de ces catégories fonctionnelles de principe s'avère problématique. En effet, les principes interprétatifs n'ont pas de caractère obligatoire. Ils ne peuvent donc être normatifs. Cependant, le cumul de telles fonctionnalités n'est pas antonymique à partir du moment où elles sont différenciées et utilisées alternativement. Dans la jurisprudence de la Cour, le principe de la sécurité juridique reste donc un principe majoritairement interprétatif (**Paragraphe 1**) et revêt incidemment le manteau d'un principe normatif (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : Un principe essentiellement interprétatif

Les principes interprétatifs correspondent « aux méthodes d'interprétation juridique qui guident le juge dans l'accomplissement de sa mission »⁵⁸⁹. Dans le continuum de la plupart des écrits consacrés à l'interprétation, le Professeur Mouloud BOUMGHAR souligne que ces principes sont d'« appellation trompeuse »⁵⁹⁰ puisqu'il s'agit généralement de «

⁵⁸⁶ Par exemple, la Professeure Sylvie CAUDAL effectue une distinction entre la fonction normative et la fonction de mise en cohérence du droit (S. CAUDAL, « Rapport introductif », op. cit., p. 10-17). Noberto BOBBIO relève une fonction interprétative, intégrative, directive et limitative (N. BOBBIO, « Principi generali di diritto », in N. BOBBIO, *Contributi ad un dizionario giuridico*, Turin, Giapichelli, 1994, p. 278-279). Le Professeur Denys SIMON effectue une classification entre les fonctions endotropes et exotropes (D. SIMON, « Les principes en droit communautaire », op. cit., p. 300-304). Celle du Professeur Jean-Louis BERGEL nous paraît cependant la plus simple et la plus adaptée pour notre étude.

⁵⁸⁷ J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, op. cit., p. 110-112.

⁵⁸⁸ Ibid., p. 112-114.

⁵⁸⁹ R.-E. PAPADOPOULOU, *Principes généraux du droit et droit communautaire. Origines et concrétisation*, op. cit., p. 80.

⁵⁹⁰ M. BOUMGHAR, *Une approche de la notion de principe dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 26.

directives » ou d' « axiomes »⁵⁹¹. Outil essentiel dans cet « art de juger », ils sont les représentations d'un juge « décomplexé » à l'égard de son pouvoir interprétatif et créateur⁵⁹². Malgré la spécificité autoproclamée de son système, c'est par l'accaparement des méthodologies interprétatives du droit international – issues de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités⁵⁹³ – que les principes interprétatifs gagnent progressivement la sphère conventionnelle, et, deviennent ainsi des « principes généraux »⁵⁹⁴. C'est pourquoi ces derniers ont une fonction naturellement interprétative dans la jurisprudence de la Cour européenne⁵⁹⁵.

S'il ne fait point de doute sur la solidité conceptuelle du couple principe général - principe interprétatif, l'instabilité du principe de la sécurité juridique nécessite une appréciation plus contrastée. Ses difficultés pour s'imposer sans recourir à ses dérivés dans la motivation de la Cour a de quoi nourrir quelques suspicions à l'égard de sa nature interprétative. Hormis le Professeur Michel DE SALVIA, qui lui reprochait une consistance fonctionnelle insuffisante pour siéger aux côtés des principes de proportionnalité et d'effectivité⁵⁹⁶, ce point de vue fort heureusement assez minoritaire aujourd'hui⁵⁹⁷. 236. La seconde interrogation, plus épineuse, concerne la compatibilité de son caractère général et interprétatif avec sa qualification partielle en tant que principe fondamental. Les principes interprétatifs permettent de « finaliser et de concrétiser une norme »⁵⁹⁸. Leur caractère suffisamment général et abstrait sert de guide à l'interprétation et l'application du droit par le

⁵⁹¹ Voy. en ce sens F. OST et M. VAN DE KERKOVE, « Les colonnes d'Hermès : à propos des directives d'interprétation en droit », in P. AMSELEK (dir.), *Interprétation et droit*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 135-153.

⁵⁹² Hans KELSEN affirmait que « si un organe juridique doit appliquer le droit, il fait nécessairement qu'il établisse le sens des normes qu'il a pour mission d'appliquer, il faut nécessairement qu'il interprète ces normes. L'interprétation est donc un processus intellectuel qui accompagne nécessairement le processus d'application du droit », in *Théorie pure du Droit*, Dalloz, Sirey, 1962, p. 453.

⁵⁹³ Il s'agit des méthodes littérales, systémiques et finalistes ou téléologiques issues de l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités et sur lequel s'appuie la Cour, voy. CEDH, *Loizidou c. Turquie* (Exceptions préliminaires), 23 mars 1995, req. n° 15318/89, §§72-73 (, 2017).

⁵⁹⁴ O. JACOT-GUILLARMOD, « Règles, méthodes et principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Economica, Paris, 1998, 2ème éd., p. 41-63, spéc. p. 41.

⁵⁹⁵ Voy. dans sa globalité sa thèse sur *Les principes généraux dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit.

⁵⁹⁶ M. DE SALVIA, *La place de la notion de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme*, CCC, 2001, n° 11. op cit.

⁵⁹⁷ L'ensemble des études conventionnelles liées aux principes qualifient sans hésitation le principe de sécurité juridique comme un principe interprétatif, O. JACOT-GUILLERMOT, « Règles, méthodes et principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », op. cit., p. 52 ; K. GRABARCZYK, *Les principes généraux dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme*, op. cit., p. 248-251 ; M. BOUMGHAR, *Une approche de la notion de principe dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 240 et suiv.

⁵⁹⁸ B. MAURER, *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 274.

juge⁵⁹⁹. Cela étant, les « principes généraux n'ont pas de caractère obligatoire », car ils ne sont pas de « nature à créer des droits et des obligations »⁶⁰⁰. De la sorte, les principes interprétatifs ne peuvent être des principes fondamentaux, car la nature de ces derniers est incompatible avec la « fonction instrumentale de guide interprétatif »⁶⁰¹. Or, le principe de sécurité juridique est pourvu de cette force contraignante, ce qui entre en contradiction avec sa fonction interprétative. En fait, si nous rejoignons l'idée d'une incompatibilité fonctionnelle, nous pensons qu'une utilisation alternée n'est pas forcément incompatible avec cette double qualification. En effet, l'utilisation du principe tend à démontrer une alternance entre sa « force interprétative » et sa « force contraignante ». La Cour privilégie une fonctionnalité par rapport à l'autre en fonction de la finalité interprétative qu'elle souhaite injecter à son principe⁶⁰², ou encore selon la disposition conventionnelle. Dans la perspective d'une fonctionnalité alternée ces deux aspects ne sont pas des entraves insurmontables à la reconnaissance d'un principe général de sécurité juridique.

Paragraphe 2 : Un principe incidemment normatif

Aux côtés des principes ontologiques et des principes logiques⁶⁰³, les principes normatifs expriment des « normes juridiques édictant un devoir-être »⁶⁰⁴. Disposant d'une dimension religieuse ou morale, ils s'insèrent dans un système de normes hiérarchisées qui sont reliées entre elles par un rapport de validité lui permettant de produire des effets de droit tout en complétant les lacunes juridiques⁶⁰⁵. Ces critères font naturellement écho à ceux des principes généraux du droit⁶⁰⁶. En revanche, l'écho est plus faible à l'égard des principes généraux conventionnels, dont l'assimilation est loin de faire l'unanimité en raison de la collision de son caractère interprétatif avec la question de la normativité.

Dans sa thèse sur la prééminence du droit, le Professeur Xavier SOUVIGNET souligne que les principes normatifs résultent d'une « élaboration prétorienne » et constituent

⁵⁹⁹ Ibidem.

⁶⁰⁰ Ibid., p. 280.

⁶⁰¹ Ibid., p. 281.

⁶⁰² Pour plus de détails sur la portée ambivalente du principe dans la jurisprudence de la Cour européenne, infra, n° 429 et suiv.

⁶⁰³ A. LALANDE, Vocabulaire technique et critique de la philosophie, PUF, Paris, 2002, 1ère éd., p. 827.

⁶⁰⁴ P. MORVAN, « Principes », in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), Dictionnaire de la culture juridique, PUF, Paris, coll. « Quadrige-Dicos Poche », 2003, p. 1201-1205, spéc. p. 1202.

⁶⁰⁵ S. CAUDAL, « Rapport introductif », op. cit., p. 10.

⁶⁰⁶ R-E. PAPADOPOULOU, Principes généraux du droit et droit communautaire. Origines et concrétisation, op. cit., p. 8 ; D. SIMON, « Les principes en droit communautaire », op. cit., p. 300-304.

des normes agissant sur les normes, ce qui les différencie d'un simple standard ou directive⁶⁰⁷. Consécutif à l'autonomisation du principe, l'auteur admet volontiers l'appartenance du principe de sécurité juridique à cette classe principielle. En dehors de sa genèse prétorienne, il lui reconnaît une réelle aptitude à engendrer de nouveaux principes en s'appuyant sur l'exemple de la consécration du principe la rétroactivité *lex mitior*⁶⁰⁸. Si ce phénomène n'est pas démonstratif de son aptitude à être une source de droit en raison de l'écran forgé par la prééminence du droit⁶⁰⁹, elle traduit toutefois l'existence d'un véritable principe normatif. A contrario, d'autres auteurs estiment que les principes généraux ne peuvent être retenus comme des principes normatifs. Exempts de toute valeur normative, ils leur préfèrent la qualification de directive ou de méthode interprétative⁶¹⁰ en faveur de l'extension de la protection des droits, qui concorde finalement avec la terminologie classique de la doctrine conventionnaliste⁶¹¹. Cette exclusion doctrinale suscite nombre de difficultés, car cela revient à occulter la capacité incontestable et manifeste du principe la sécurité juridique à distiller des effets normatifs dans la jurisprudence conventionnelle. En vérité, ces deux éléments ne sont pas incompatibles mais complémentaires. La variabilité normative du principe de la sécurité juridique est une conséquence des variations interprétatives du juge de la Convention. Le principe de sécurité juridique, en tant que principe général, est une directive interprétative guidant les États parties dans la réalisation de leurs obligations conventionnelles, et produisant des effets normatifs en ce sens.

À l'image du principe de subsidiarité⁶¹², la sécurité juridique affiche un visage de Janus. S'il sert principalement de guide interprétatif au juge strasbourgeois, sa normativité

⁶⁰⁷ X. SOUVIGNET, La prééminence du droit dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme, op. cit., p. 25-26.

⁶⁰⁸ CEDH, Gde. Ch., 17 septembre 2009, Scoppola c. Italie (n° 2), req. n° 10249/03 (RTDH, 84/2010, note S. VAN DROOGHENBROECK ; JCP G, 2010, doctr. 70, chron. F. SUDRE).

⁶⁰⁹ « La sécurité juridique, combinée à la prééminence du droit, est à l'origine d'un nouveau principe découvert par la Cour européenne : le principe de la rétroactivité de la *lex mitior* [...]. Si la sécurité juridique n'est pas mentionnée *expressis verbis*, elle agit bien de concert avec la prééminence du droit [...]. Cette nouvelle création prétorienne témoigne en tout cas de la portée normative de ces principes », in X. SOUVIGNET, La prééminence du droit dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme, Bruylant, Bruxelles, 2012, p. 208-209.

⁶¹⁰ M. BOUMGHAR, Une approche de la notion de principe dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme, op. cit., p. 26.

⁶¹¹ J-P. COSTA, « La Cour européenne des droits de l'homme et les principes », op. cit., p. 374.

⁶¹² Évoquant « la dichotomie du principe » de subsidiarité, Madame Laurèn AUDOUY reconnaît l'ambiguïté d'un principe qui « dans sa dimension procédurale se dessine comme un principe juridique produisant des effets normatifs contraignants [...] » et « envisagé dans sa dimension substantielle est un principe interprétatif qui [...] n'énonce pas d'obligation juridique et prescriptive ». Si l'auteur opère un choix stratégique en qualifiant la subsidiarité de principe fondamental, elle reconnaît qu'il présente des similitudes avec les « caractéristiques intrinsèques aux principes généraux [...] entendus au sens de la jurisprudence européenne », in L. AUDOUY, Le principe de subsidiarité, au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme, op. cit., p. 123-127.

graduelle a démontré qu'il dispose parallèlement d'une force suffisamment contraignante pour imposer des obligations conventionnelles⁶¹³. Le principe sécurité juridique a donc acquis une solidité suffisante pour se métamorphoser en principe normatif.

B- L'alternance complémentaire des fonctionnalités techniques

Gages d'effectivité, la doctrine admet que les principes généraux sont des principes d'équilibre, exerçant simultanément le rôle de principe « directeur » et de principe correcteur⁶¹⁴. Cette bivalence fonctionnelle est également topique de la sécurité juridique. Comme le soulève l'ancien vice-président Jean-Marc SAUVE, « la sécurité juridique est, pour le juriste, à la fois un principe directeur et régulateur »⁶¹⁵. La combinaison de ces versants est symptomatique de la dichotomie entre la dimension objective (**Paragraphe 1**) et la dimension subjective (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : Un principe directeur dans sa dimension objective

« Poutres maîtresses de l'édifice juridique »⁶¹⁶, les principes directeurs regroupent l'ensemble des normes fondamentales d'un système juridique ou d'une discipline juridique, à l'image des principes directeurs du procès⁶¹⁷. Expressions des mutations contemporaines, ces principes généraux devenus « directeurs » sont dotés d'un double aspect interprétatif et normatif. Qualifiée d'« extra-juridique » par la Professeure Mireille DELMAS-MARTY, leur normativité puise sa source dans l'intronisation de valeurs exogènes dans l'ordre juridique⁶¹⁸. Principes de convergences et d'harmonisation entre les systèmes de droit, il serait plus juste d'évoquer désormais des « poutres maîtresses des édifices juridiques ». Le droit de la Convention accorde une place prépondérante à ces principes. Ils sont au cœur de « l'interprétation et l'application de la Convention et sont d'origine toute à la fois conventionnelle et jurisprudentielle »⁶¹⁹. Représentés par les principes jurisprudentiels d'effectivité et de subsidiarité⁶²⁰, le principe de la sécurité juridique est exclu de la typologie des principes directeurs. Analysé uniquement sous son prisme objectif, celui-ci est relégué à

⁶¹³ Notamment l'obligation de légiférer, voir infra, n° 252 et suiv.

⁶¹⁴ J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, op. cit., p. 113.

⁶¹⁵ J.-M. SAUVE, « Allocution d'ouverture », op. cit., p. 7.

⁶¹⁶ M. BOUMGHAR, *Une approche de la notion de principe dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 242.

⁶¹⁷ Voy. parmi d'autres L. WEILLER, *Principes directeurs du procès*, Répertoire de procédure civile, Dalloz, 2015.

⁶¹⁸ M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, Éd. du Seuil, Paris, 1994, p. 131.

⁶¹⁹ F. SUDRE avec la collaboration de MILANO (L.), SURREL (H.), *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, Paris, coll. « Droits fondamentaux », 2019, 14ème éd., p. 179.

⁶²⁰ Ibid., p. 192 et suiv.

l'appréciation de l'exigence de la légalité dans la mise en œuvre restrictive du principe de proportionnalité et parfois comme sous-composante restrictive du principe de la subsidiarité⁶²¹. Entendu donc comme un principe d'équilibre et « modérateurs »⁶²² des droits conventionnels, le principe de la sécurité juridique n'apparaît pas identifié comme un principe directeur. Cela paraît quelque peu étrange dans le sens où il dispose d'un caractère fondamental et axiologique, d'autant plus que la plupart des écrits lui reconnaissent un rôle clé dans l'interprétation de la Cour européenne, notamment pour asseoir la fiabilité et stabilité de son mécanisme.

Si l'on se place sous le volet objectif du principe, aucun obstacle conceptuel ne s'oppose à son insertion aux côtés des principes directeurs. Ces derniers tendent effectivement à exprimer des « principes d'inspiration »⁶²³, qui viennent structurer d'un ordre juridique sans lesquels il ne pourrait exister ni fonctionner⁶²⁴. Ils alimentent ainsi une contiguïté évidente avec la catégorie des principes fondamentaux⁶²⁵. En outre, le principe de sécurité juridique s'intègre volontiers dans les deux éléments de définition originels et substantiels suscités. Enfin, les principes directeurs constituent des « normes fondamentales de définition des normes [...] dont les composantes forment un sous-système normatif [...] qui déploie ses effets dans le droit de chaque État partie »⁶²⁶. Or, il a été démontré dans les développements précédents que le principe de la sécurité juridique est bien une norme qui se décline en multitude de degrés normatifs dans un rapport de dérivation à la fois horizontal et vertical⁶²⁷. Il donne également naissance à une multitude de dérivés qui vont procéder à sa concrétisation. Désigné parfois comme un principe « transversal »⁶²⁸, la sécurité juridique objective demeure donc un principe directeur du droit de la Convention⁶²⁹.

⁶²¹ Ibid., p. 206-209.

⁶²² F. TULKENS, Discours prononcé à l'occasion de la visite du Conseil constitutionnel, 13 février 2009, [disponible en ligne : https://echr.coe.int/Documents/Speech_20090213_OV_Tulkens_Paris_FRA.pdf].

⁶²³ L. WEILLER, *Principes directeurs du procès*, op. cit.

⁶²⁴ L. AUDOUY, *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 131.

⁶²⁵ C'est d'ailleurs la dimension fondamentale du principe de subsidiarité qui lui permet d'endosser ensuite son rôle de principe directeur, *ibid.*, p. 132.

⁶²⁶ M. BOUMGHAR, *Une approche de la notion de principe dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme*, Pedone, op. cit., p. 353.

⁶²⁷ *Supra*, n° 191.

⁶²⁸ M. BOUMGHAR, *Une approche de la notion de principe dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme*, Pedone, op. cit., p. 335-357.

⁶²⁹ « De cette manière, le principe de sécurité juridique se présente comme un véritable principe directeur, commun, qui encadre l'activité des ordres juridiques nationaux et européens », in C. SALVIEJO, *Le principe de sécurité juridique en droit communautaire et européen*, thèse dactyl. Université de Montpellier I, 2003, op cit, p. 145.

Paragraphe 2 : Un principe correcteur dans sa dimension subjective

Indissociable de la fonction directrice, la fonction correctrice des principes généraux est déduite de leur vocation à combler les lacunes du droit positif⁶³⁰. Elle permet de réajuster les solutions juridiques qui pourraient « s'avérer injustes ou inadaptées »⁶³¹. Elle s'inscrit également dans une finalité adaptative des principes généraux aux évolutions du droit, remplissant à la fois un « rôle directeur, un rôle correcteur et un rôle de régulateur des transformations des institutions juridiques »⁶³².

Dans le cadre de notre étude, cette fonctionnalité est le produit de la consolidation d'une sécurité juridique individuelle⁶³³. En effet, les déclinaisons subjectives telles que la confiance ou l'espérance légitime, pallient l'absence de sécurité juridique objective au profit d'un réajustement favorables aux requérants. Par exemple, à défaut de base légale suffisante établie par un titre de propriété valide ou licite, l'espérance légitime, en tant que composante de la sécurité juridique, vient rééquilibrer la balance au profit de la sécurité juridique subjective des requérants⁶³⁴. De même, l'instabilité juridique d'un revirement de jurisprudence ou d'un bouleversement de l'ordre juridique interne incite la Cour à replacer le cursus au profit de la confiance des justiciables dans l'appareil de la justice. En subjectivisant son appréciation de la sécurité juridique, la Cour offre une nouvelle perspective à son appréciation dans la pondération des intérêts entre les États parties et les requérants. La fonction correctrice vient combler les lacunes de la sécurité juridique objective au profit d'une meilleure protection des droits à l'ensemble du droit de la Convention⁶³⁵ et partant, au profit d'une meilleure effectivité des droits conventionnels.

Face à un principe aussi multiforme, les catégories classiques peinent à englober l'ensemble de ces exigences, engendrant le sacrifice malheureux d'un aspect en faveur d'un autre. Bien que la qualification de principe fondamental soit pertinente, elle se montre restrictive, tout comme celle des principes généraux du droit. Naturellement atypique, la sécurité juridique se doit d'être dotée d'une catégorisation toute aussi originale. Seule la catégorie des principes généraux – entendus au sens de la jurisprudence de la Cour – épouse

⁶³⁰ « Par leur généralité, mais aussi par leur positivité, les principes généraux permettent de préciser les imprécisions du texte, de faire évoluer la jurisprudence et de combler les lacunes existantes », K. GRABARCZYK, Les principes généraux dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, op. cit., p. 397.

⁶³¹ J.-L. BERGEL, Théorie générale du droit, op. cit., p. 113.

⁶³² M. BOUMGHAR, Une approche de la notion de principe dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme, op. cit., p. 243.

⁶³³ Supra, n° 153.

⁶³⁴ Infra, n° 452 et suiv.

⁶³⁵ Pour plus de précisions, voy. supra, n° 431 et suiv.

sans difficultés son caractère protéiforme et multifonctionnel. Elle légitime par conséquent sa consécration en tant que principe général. Les distorsions conceptuelles du principe permettent d'en relever toutes les nuances de son interprétation par la Cour européenne : il est à la fois un principe interprétatif, un principe normatif, un principe correcteur, un principe directeur, et un principe axiologique. C'est pourquoi le principe de sécurité juridique s'exprime aujourd'hui « comme une norme du droit et comme une exigence rationnelle »⁶³⁶. Délesté d'une ambiguïté souvent calomniée, le « principe général » de la sécurité juridique se révèle in fine polyvalent et suffisamment souple, ancré dans l'effectivité de la protection des droits conventionnels. Par voie de conséquence, les différents « habillages » catégoriels reflètent la multifonctionnalité d'un « principe général de sécurité juridique » qui permet la Cour d'exercer son office, à la fois dans la conception européenne de la sécurité juridique, mais aussi selon la propre conception qu'elle se fait de cette notion.

⁶³⁶ F. BRUNET, La normativité en droit, Mare & Martin, Paris, coll. « Droit public », 2012, op cit, p. 380.

Conclusion du Chapitre II

Partir à la recherche d'un principe de sécurité juridique n'est visiblement pas l'exploration la plus aisée. Un premier constat négatif s'inscrit dans la critique épidémique de son insaisissabilité conceptuelle⁶³⁷. Son caractère vaporeux fait d'ailleurs régulièrement son procès⁶³⁸. Au sein de la jurisprudence de la Cour, son imprécision est d'autant plus flagrante qu'elle est liée à un manque de rigueur prétorienne dans son utilisation. « Principe fondamental », « principe général », la Cour lui enlève parfois ses attributs principaux, brouillant alors les pistes de son identification. Ainsi, « si la pensée peut être limpide, les mots pour le dire sont souvent hésitants et incertains », la polysémie des termes alimente alors l'« insécurité scientifique »⁶³⁹. L'analyse des fonctionnalités offre un aperçu complémentaire qui sème également le doute sur la véracité de son affirmation principielle. Pire, elle met en lumière les défaillances conceptuelles inhérentes à sa conceptualisation strasbourgeoise. En effet, sa normativité graduelle trahit une certaine fragilité conceptuelle. De surcroît, son adéquation partielle avec les canons des catégories classiques telles que les règles de droit ou les principes fondamentaux, entache définitivement la légitimité d'une telle appellation. Enfin, ses utilisations contingentes comme élément interprétatif, correctif, ou axiologique noient toute tentative d'identification. Si le « principe de sécurité juridique » est source de perplexité théorique, il en va de même des différentes classifications doctrinales, dont les différents courants de pensée enrichissent et nuisent à la fois à toute appréhension claire desdites classifications.

Suivant les préceptes de Paul ROUBIER, « il faut alors sortir bon gré mal gré des cadres connus et éprouvés et convenir qu'on est en face d'une situation sui generis »⁶⁴⁰. Il faut donc accepter les distorsions conceptuelles du principe pour le réévaluer à sa juste valeur. Sous ce nouveau prisme, la sécurité juridique légitime pleinement son baptême originel en tant que principe. En parvenant à extirper petit à petit les spécificités et les éléments intrinsèques du principe, il apparaît in fine que ces critères, auparavant facteurs d'exclusion de toute nature principielle et en conséquence de toute catégorisation, constituent paradoxalement un facteur d'inclusion des principes conventionnels. Appartenant à une

⁶³⁷ B. PACTEAU, La sécurité juridique, un principe qui nous manque ?, op cit, p. 151.

⁶³⁸ Un article récent la décrit comme un « pléonasme [...] qui tourne à l'obsession », in T. SACHS, Quand la sécurité juridique se perd dans l'analyse économique, Dr. soc., 2015, p. 1019.

⁶³⁹ B. BARRAUD, La science et la doctrine juridiques à l'épreuve de la polysémie des concepts, RIEJ, 2016, vol. 76, p. 5-47, spéc. p. 5.

⁶⁴⁰ P. ROUBIER Théorie général du droit. Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales, Dalloz, Paris, 2005, 2ème éd., p. 16-17.

catégorie *sui generis* au sein de la Convention européenne des droits de l'homme, la sécurité juridique possède en effet les attributs caractéristiques des principes généraux. Marqués par les mêmes défaillances, ces derniers n'en constituent pas des moins des principes qui conservent toute leur pertinence dans un système aussi évolutif que celui de la Convention européenne des droits de l'homme. En admettant que la sécurité juridique puisse être un principe atypique, il devient alors un principe plurivoque – car multi fonctionnel et pluri catégoriel – qui s'érige en « principe général » du droit.

Conclusion du titre I

Reformulant les propos de Benjamin CONSTANT à l'égard des principes, « on tant et si cruellement abusé du mot [sécurité juridique] que celui qui réclame pour eux respect et obéissance est traité d'ordinaire de rêveur abstrait, de raisonneur chimérique »⁶⁴¹. L'usage abusif de la sécurité juridique vient dénaturer et camoufler sa véritable identité. Ses indéterminations tant conceptuelles et sémantiques parasitent sa compréhension et son appréhension au sein du système conventionnel. Son absence de définition, combinée à utilisation prétorienne inconstante, nourrit les réprimandes doctrinales à son encontre. Pourtant, le principe de sécurité juridique a, par nature et par définition, vocation à comprendre une part d'incertitude. Sa version conventionnelle ne fait guère exception. En acceptant que ce dernier puisse souffrir d'incertitudes, le principe dévoie alors toutes ses potentialités.

D'un point de vue sémantique, l'acculturation juridique rend inévitable les carences sémantiques du principe déjà observées dans les droits nationaux ou communautaires. En s'accaparant une conception européanisée de la sécurité juridique, la Cour ne pouvait qu'en absorber les lacunes définitionnelles. Cependant, si le principe se révèle pluri sémantique, il n'en est pas pour autant dépourvu de clarté quant à son contenu sémantique. Combinant à la fois la dimension objective, entendue comme la stabilité, la clarté et la prévisibilité du droit, mais aussi une dimension subjective, axée sur l'individu et symbolisée par les principes d'espérance et de confiance légitime, la Cour façonne une sécurité à son image, c'est-à-dire une sécurité polysémique, cosmopolite et autonome. Rendant difficile tout effort de systématisation, la pluralité des sens de la sécurité juridique met en lumière ses spécificités et la propulsent au rang des principes. Certes, son caractère sibyllin entrave sa qualification conceptuelle. De nombreuses zones d'ombres qui n'ont pu être totalement éludées par notre étude. Cependant, il appert en définitive que ces critères, auparavant facteurs d'exclusion de toute nature principielle et de toute catégorisation, constituent paradoxalement un facteur d'inclusion à la catégorie des principes. Appartenant à une catégorie *sui generis*, sa souplesse lui permet de revêtir le sens nécessaire pour permettre au juge résoudre le litige. Pour conclure, la sécurité juridique est, fondamentalement et inéluctablement, un principe pluriel, dont la multifonctionnalité se montre particulièrement adaptée au contentieux strasbourgeois des droits de l'homme.

⁶⁴¹ B. CONSTANT, *Des réactions politiques*, BNF Hachette, Paris, 1796, Chap. VIII, 1796, emprunté à E. DUBOUT, *Principes, droits et devoirs dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, À propos de l'arrêt *Association de médiation sociale* (CJUE, 15 janvier 2014, aff. C-176/12), RTDE, 2014, p. 409-432, spéc. p. 409.

Titre II : la question de l'existence du principe de sécurité juridique

Dans notre droit positif, ne devrait pas pouvoir exister un principe qui apparait inutile. Néanmoins, les partisans du principe de sécurité juridique affirment le contraire. L'omniprésence de ce concept au sein de la littérature juridique et surtout son utilisation fréquente à l'appui des moyens formulées par les justiciables devant les juridictions amènent à s'interroger sur sa réalité.

Il faut certes davantage que les velléités des plaideurs, les revendications des praticiens et les affirmations doctrinales pour reconnaître un principe. En revanche, il est indéniable que c'est ce support qui a été plébiscité pour introduire la sécurité juridique en droit positif. Ce choix est apparu de manière quasi unanime alors que ce vecteur semble incompatible avec une notion par nature relative, subjective et dont la vocation normative paraît douteuse⁶⁴².

Cette détermination à vouloir ranger la sécurité juridique parmi les principes de notre droit est révélatrice de certaines dérives au sein de notre système, entretenus par l'ensemble de ses institutions. Ces dernières, et notamment nos juridictions, prises dans l'engrenage du « déclin du droit », sont souvent affectées par un manque de rigueur consistant, entre autres, à employer à mauvais escient la dénomination de « principe »⁶⁴³. Cette tendance tend à effacer progressivement les critères permettant de distinguer un principe d'une autre règle. Elle favorise inévitablement les débordements au profit d'outils fonctionnels qui encouragent l'arbitraire juridictionnel. Cette dérive contribue à faire des principes de droit « une catégorie vaine et prétentieuse »⁶⁴⁴ et agrmente l'insécurité juridique.

Dans ce sens, le principe que la doctrine et les praticiens appellent de leurs vœux s'inscrit dans ce contexte. A travers cette étude, c'est la dénaturation et, partant, l'anéantissement du principe de droit qui transparaissent par le biais d'abus de langage dont la doctrine se rend complice⁶⁴⁵. Aussi, apparaît-il indispensable de constater, qu'en réalité, le principe de sécurité juridique est inexistant dans notre droit positif (**Chapitre I**), afin de démontrer que son existence éventuelle, bien que plébiscitée par ses adeptes, est impossible sur le plan théorique (**Chapitre II**).

⁶⁴² Emma Ben Merzouk Glon: la sécurité juridique en droit positif, une valeur irréductible à la norme, op cit p.225.

⁶⁴³ Par ex., à propos du principe de proportionnalité cf. le colloque organisé par le CEDAG- Paris V, sous la direction de M. BEHAR-TOUCHAIS. Le 20 mars 1998, LPA du 30 septembre 1998.

⁶⁴⁴ R.Rodière: Les principes généraux du droit privé français, RIDComp., numéro spécial, 1980, vol. 2, p. 309, spec., P. 317.

⁶⁴⁵ G.Ripert : Les forces créatrices du droit, LGDJ, 1955,n° 132, pp. 326-327 : « Les hommes qui (...) se jettent à la tête des arguments trouvent dans l'affirmation des principes des vêtements magnifiques pour des opinions discutables ».

Chapitre I : L'inexistence du principe de sécurité juridique en droit positif européen

L'influence du droit communautaire sur le droit des états membres et, en particulier, sur le droit français interne et européen conventionnel, n'est plus à démontrer cependant, elle rencontre un solide îlot de résistance concernant le principe de sécurité juridique. En effet, les pressions de la jurisprudence communautaire associées au besoin croissant de sécurité juridique n'ont pas convaincu ces différents systèmes de transposer cette norme juridique en leur sein.

Au contraire, ils ont fait obstacle à sa consécration. Le droit français et la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme ont, en effet, préféré consolider la fiabilité et la cohérence de leur système par le biais d'exigences spécifiques qui, au sens du droit communautaire, découlent directement du principe de sécurité juridique mais qui, en réalité, résultent plus justement de la sécurité juridique au sens large.

Ce constat fait également observer une prise en compte accrue de la sécurité juridique dans ces systèmes, indépendamment du support juridique envisagé à cet effet. Il existe donc bien une alternative à l'émergence du principe de sécurité juridique.

La résistance du droit français et du droit européen à l'égard du principe de sécurité juridique traduit indéniablement les doutes que suscite ce principe et, en filigrane, l'incertitude autour de la vocation normative de la notion même de sécurité juridique.

Néanmoins, l'hermétisme du droit français se distingue de la position du droit européen qui a laissé subsister d'infimes points d'ancrage permettant de circonscrire le principe de sécurité juridique à des domaines très ciblés.

L'exclusion partielle du principe de sécurité juridique au sein du droit européen conventionnel (**Section 1**) semble contraster avec son exclusion totale en droit français interne qui réfute, de manière radicale, toute allusion y afférente (**Section 2**).

Section 1 : L'exclusion partielle du principe de sécurité juridique en droit européen conventionnel

La convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales⁶⁴⁶ est directement applicable dans l'ordre juridique français sur la base de l'article 55 de la constitution de la Vème république qui détermine la place des traités internationaux sans la hiérarchie des normes.⁶⁴⁷ Dès lors, tout individu peut se prévaloir des droits qu'elle consacre devant les juridictions nationales.

En outre la cour européenne des droits de l'homme peut être saisie par un état ou un particulier⁶⁴⁸ pour statuer sur la violation par un état d'une des dispositions de la convention. Celle-ci figure, à ce titre, parmi les sources supranationales du droit et ne peut plus être ignorée. Sa ratification, en 1974, a renforcé l'attachement de la France à l'égard des droits fondamentaux et, partant, a également marqué le point de départ de l'influence du droit européen sur le droit interne.⁶⁴⁹

⁶⁴⁶ -la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales a été signée dans le cadre du conseil de l'Europe, organisation politique dont l'assemblée siège à Strasbourg, et dont l'objectif consiste à promouvoir la démocratie, l'état de droit et les droits de l'homme. Ses travaux ont permis l'adoption de nombreuses conventions dont la convention européenne des droits de l'homme ratifiée par quarante et un Etats. Elle énumère les droits qu'elle protège, certains figurent sans le texte adopté en 1950 alors que d'autres ont été introduits par les protocoles 1,4,6 et 7.

⁶⁴⁷ -article 55 de la constitution : « les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie ». Voir également la réponse ministérielle du 19 mai 1980 citée par G.COHEN-JONATHAN : la place de la CEDH dans l'ordre juridique français, le droit français et la convention européenne des droits de l'homme, 1974-1992, (dir.) F.SUDRE ? éd. N.P.Engel, 1994, p.1 et s. spéc., p.5 : «en vertu de l'article 55 de notre constitution, la convention européenne des droits de l'homme, prime notre législation interne. Cet article lui confère même une autorité supérieure à celle de la loi, les justiciables peuvent donc l'invoquer devant les tribunaux qui sont tenus de l'appliquer et l'ont déjà appliquée à maintes reprises ».

⁶⁴⁸ - en 1950, les individus ne peuvent pas saisir la cour, ils n'ont accès qu'à la commission qui détermine si la cour doit être saisie ou non. Le protocole N°9, protocole facultatif entré en vigueur le 1er octobre 1994, ouvre la saisine de la cour, après l'examen de l'affaire par la commission, à tous les requérants. L'affaire est alors soumise à un comité composé de trois juges, qui peuvent décider à l'unanimité de ne pas déférer celle-ci à la cour.

⁶⁴⁹ -sur l'influence et l'application de la convention européenne :

- en droit civil : voir en particulier : A.DEBET : l'influence de la convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil, thèse, Paris II, (3 tomes), 2001, publiée in Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2002. L'auteur précise que « même si la convention européenne des droits de l'homme fait partie de l'ordre juridique interne depuis 1974, ce n'est qu'à partir de 1981, ou peut-être même 1986 avec le premier constat de la violation de la convention par la France dans l'affaire Bozano (CEDH :18 décembre 1986, Bozano c/France, Série A N°111), que celle-ci commence à exercer une influence sur le droit interne », p.10 voir également : J.HAUSER : l'intégration par le législateur français des normes supranationales de droit de la famille, LERADP, internationalisation des droits de l'homme et évolution du droit de la famille, avant –propos F.DEKEUWER-DEFOSSEZ, rapport de synthèse M.T MEULDERS-KLEIN, LGDJ, 1996, p.121, J.MASSIP : l'application par la jurisprudence française des normes supranationales de droit de la famille, internationalisation des droits de l'homme et évolution du droit de la famille, préc, p.135 , J.P MARGUENAUD : l'influence de la convention européenne des droits de l'homme sur le droit français des obligations, le renouvellement des sources du droit

Pour cette raison, l'acception retenue par le droit européen conventionnel du principe de sécurité juridique est déterminante dans le cadre de cette étude, celle-ci permet d'observer que la jurisprudence de la cour de Strasbourg se détache de plus en plus du principe de sécurité juridique, elle le circonscrit à une sphère d'application spécifique et restrictive. Il faut donc étudier les motifs de cette éviction (**Paragraphe 1**) et préciser le domaine spécifique dans lequel s'illustre le principe de sécurité juridique au sein de cette jurisprudence (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : Les motifs d'exclusion du principe de sécurité juridique

Il importe de préciser un élément fondamental du droit européen conventionnel qui découle du fait que la cour de Strasbourg ne se sent pas tenue à la lettre des articles de dérivation jurisprudentielle comme de montre la jurisprudence de la cour européenne qui, sur

des obligations, journées nationales capelant, PUF, 1997, p.45, F.VASSEUR : la famille dans la convention européenne des droits de l'homme , thèse Amiens, 1999, A-F ZATTARA : la dimension constitutionnelle et européenne du droit de propriété, thèse, a la réunion, 2000, A.BERTHE : les devoirs individuels dans la convention européenne des droits de l'homme , thèse, lille,2,2000.

- en droit prive : G.WIEDERKEHT : l'application des dispositions de la convention intéressant le droit privé, droits de l'homme en France (dix ans d'application de la convention européenne des droits de l'homme devant les juridictions judiciaire françaises), G.COHEN JONATHAN (dir) éd .N.P, engel, 1985, p.139 et s, l'influence de la jurisprudence de la cour européenne des droits de le hmome sur le droit privé français, recherche subventionnée par le GIP « mission de recherche droit et justice » J-P MARGUENAUD (dir) , OMIJ, 2000.

-en droit public : L.SERMET :convention européenne et contentieux administratif français, préf .DUBOUIS, Economica-CERIC, 1996, S.BRACONNIER : Jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme et droits administratif français, préf. MADIOT, Brulant, conseil d'état français, préf.ABRAHAM. LGDJ, Bibl.dr.pub, 1.187, 1999, J ANDRIANTZIMBAZOVINA : l'autorité des décisions de justice constitutionnelle et européenne sur le juge administratif français (conseil constitutionnel, cour de justice des communautés européennes et cour européenne des droits de l'homme), préf.PACTEAU, LGDJ, Bibl .dr.pub t.192.1998.

-en droit pénal : A.BENMAKHOUL : le procès pénal au regard des exigences de la convention européenne, thèse, Paris II, 1985, C.JACQ : vers un droit commun de la sanction, l'incidences de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, thèse, paris XI, 1989, S.AVIGNONI la protection pénale des droits de la personnalité au regard du droit interne et de la convention européenne des droits de le homme, thèse, Aix-en-Provence, 199.

-en droit processuel : F.QUILLERE-MAJZOUB : la défense du droit à un procès équitable, préf. PETTITI, Bruylant, Nemesis, 1999, I.DELICOSTOPOULOS : le procès civil à l'épreuve du droit processuel européen, thèse, paris II, 1999, également G.ROUHETE : la procédure civile et la convention européenne des droits de l'homme, le nouveau code de procédure civile : vingt ans après, la documentation française, 1998, p.285 et s., J-F.BURGELIN et a. la bardie : l'application de la convention par le juge judiciaire français, mélanges PETTIL Bruylant, 1998, p.145 et s. J.P .MARGUENAUD : le juge judiciaire et l'interprétation européenne, l'interprétation de la convention européenne, Némésis et Bruylant, coll. Droit et justice .F.SUDRE (dir)1998, p.231 et s. J.VAILHE : l'application de la convention européenne des droits de l'homme et de sa jurisprudence par le juridictions judiciaires française, RTDH, 1999, p.235, S.GUINCHARD : application de la convention européenne par le juge judiciaire, al France et la convention européenne d sauvegarde des droit de l'homme et des libertés fondamentales. XXVème anniversaire de la ratification de la convention, Europe, n)hors-série, octobre 199,p.10 et s.

- en droit fiscal : L.BARONE : l'apport de la convention européenne au droit fiscal français, préf. costa. l'harmattan, 2000.

la base de l'article 6 de la convention, a élaboré un véritable droit de procédure européen ; « le droit européen des droits de l'homme est donc une oeuvre de création prétorienne »⁶⁵⁰

La cour européenne a, ainsi, eu l'occasion d'imposer au législateur et au juge national de nouvelles exigences fondées notamment sur le principe de légalité et, dans une certaine mesure, sur le principe de sécurité juridique. En effet, le principe de sécurité juridique a été explicitement énoncé dans quelques arrêts de la cour européenne notamment dans un arrêt *Marckx c/ Belgique* du 13 juin 1979⁶⁵¹ qui emploie l'expression pour la première fois : « le principe de sécurité juridique, nécessairement inhérent au droit de la convention comme au droit communautaire, dispense l'état belge de remettre en cause des actes ou situations juridiques antérieures au prononcé du présent arrêt ».

Cependant, la formule « principe de sécurité juridique » a été très peu utilisée au sein de la jurisprudence européenne contrairement à ce qui a été observé en droit communautaire⁶⁵². Les décisions de la cour de Strasbourg évoquent davantage l'expression « sécurité juridique » plutôt que le principe de sécurité juridique en tant que tel⁶⁵³. La sécurité juridique apparaît exploitée dans trois cas de figure⁶⁵⁴. Elle sert, tout d'abord, à interpréter une disposition de la convention⁶⁵⁵. Elle est ensuite et surtout utilisée pour étayer une solution nouvelle qui repose sur un principe spécifique⁶⁵⁶. Enfin, la notion de sécurité juridique sert de

⁶⁵⁰ -M.DE SALVIA : la place de la notion de sécurité juridique dans la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme, in cahiers du conseil constitutionnel, n°11, 2001, p.93 spéc .p. 94.

⁶⁵¹ CEDH : 13juin 1979 ; *Marckx c/ Belgiae* série A, n° 31, spéc.pp.25-26, 58.

⁶⁵² - par ex.F.RIGAUX : la loi condamnée. A props de l'arrêt du 13 juin 1979 de la cour européenne des droits de l'homme, J.T.1979 , P.513-524, également à propos des modalités d'exercice d'un droit ou d'une liberté, CEDH *Vermeire c/ Belgique*, 29 novembre 1991, série A n°214-C, 20, également CEDH, *Baranowski*, 52 :i est particulièrement important de satisfaire au principe général de sécurité juridique. Par conséquent, il est essentiel que les conditions de la privation de liberté en vertu du droit interne soient clairement définies et que la loi elle-même soit prévisible dans son application, de façon à remplir le critère d'égalité fixé par la convention, qui exige que toute loi soit suffisamment précise.

⁶⁵³ -pour illustration : - la sécurité juridique : les arrêts *Cossey c/R.U.*, 27 septembre 1990, série A, N°184, 35, *Chorherr c/ Autriche*, 25 août 1993, série A, n°266-b , 25, *Stubbing et autres c/ R.U.*, 22 octobre 1996, Recueil des arrêts et décisions 1996-IV/1487, 51- « l'insécurité juridique » : arrêt de *Gouffre de la Pradelle c/France*, 16 décembre 1992, série A, n°253-B, 33, D.1993, p.561, note BENOIT-ROHMER.

⁶⁵⁴ -M. de SALVIA : la place de la notion de sécurité juridique dans la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme, préc, p.95 l'auteur ne distingue cependant pas les références faites à la sécurité juridique tout court, de celles faites au principe de sécurité juridique dans les arrêts de la cour européenne.

⁶⁵⁵ - a propos des réserves formulées par un Etat sur la base de l'article 64 de la convention et de l'obligation pour l'Etat en cause de joindre un bref exposé de la loi nationale sur la seule prote ces réserves, la cour a jugé que le bref exposé voulu par cette disposition « constitue à la fois un élément de preuve et un facteur de sécurité juridique ». CEDH : *Chorherr*, cité par M.de SALVIA in art. préc, p.95, également CEDH, *Ooms, DE wilde et Verspy*, qui en matière de forclusion expose également que la règle de droit constitue « un facteur de sécurité juridique ».

⁶⁵⁶ -a propos de la compatibilité de l'article 8 de la CEDH avec la législation danoise en matière de désaveu de paternité (différence de délai d'action entre la mère pouvant agir à tout moment et le père, ne pouvant agir que dans les limites d'un certain délai), la cour a estimé que les autorités danoises é étaient en droit de penser

renfort dans le but de confirmer une solution acquise⁶⁵⁷. C'est donc dans un registre accessoire de guide et d'éclairage de ses solutions⁶⁵⁸ que la cour a confiné cette notion qu'elle n'estime pas nécessaire de revêtir de la dénomination de principe.

Par ailleurs, si la cour européenne se montre sensible aux exigences communautaires relatives au principe de sécurité juridique, elle privilégie d'autres fondements qui entretiennent également des liens étroits avec la sécurité juridique. Elle utilise, par exemple, le principe de prééminence du droit, lequel figure dans le Préambule de la convention⁶⁵⁹ et qui assure la protection contre l'arbitraire et l'ingérence institutionnelle illégitime. Elle a encore recours aux garanties du procès équitable de l'article 6 de la convention et enfin au principe de légalité des délits et des peines sous-jacent à la garantie que prévoit l'article 7 de la convention⁶⁶⁰.

Cette réserve à l'égard du principe de sécurité juridique a également conduit la haute juridiction à consacrer explicitement les exigences censées découler de ce principe en leur assurant une parfaite autonomie (exigence de clarté, exigence de prévisibilité, de certitude,...). La cour européenne des droits de l'homme n'a donc pas hésité à exploiter le contenu du principe de sécurité juridique tel qu'il est envisagé en droit communautaire. Pour autant, elle n'a pas accueilli son contenant, à savoir le principe lui-même. En effet, rares sont

que l'institution de délais pur l'engagement d'une action en désaveu se justifiait par le souci de garantir la sécurité juridique et de protéger les intérêts de l'enfant », CEDH ? Rasmussen, 41.

⁶⁵⁷ -par ex, dans une affaire concernant l'impossibilité pour un église catholique grecque d'engager une procédure civile devant les tribunaux pour défendre ses intérêts, faute d'avoir la personnalité morale requise par le code civil grec, la cour a jugé qu'« une jurisprudence et une pratique administrative constantes avaient créé, au fil des années, une sécurité juridique, tant en matière patrimoniale qu'en ce qui concerne la question de la représentation en justice des différentes églises paroissiales catholiques, et à laquelle l'église requérante pouvait légitimement se fier »CEDH : Eglise catholique de la Canée, 40.

⁶⁵⁸ - en ce sens, M.de SALVIA considère que « la sécurité juridique constitue un facteur dont il faut tenir compte pour cerner la nature des obligations pesant sur les états... » article eprés, 97

⁶⁵⁹ -ce principe revêt une importance fondamentale dans la jurisprudence de la cour européenne, voir sur ce point l'étude de P.WACHSMANN : la prééminence du droit dans la jurisprudence de la cour européenne, in mélanges SCHWOB, Brylant, 1997, P.241, L'auteur montre que ce principe correspond à ce que les juristes français désignent par « Etat de droit » et les anglais par « Rule of law » il dénombre également 30 références explicites au principe de prééminence du droit dans les arrêts de la cour (p.243) et 8 dans les opinions individuelles des juges. Selon M.Wachsmann, ce principe permet d'écarter une interprétation restrictive de la convention et de lutter contre l'arbitraire des organes étatiques.

⁶⁶⁰ -l'article 7 a désormais pour intitulé « pas de peine sans loi », il garantit le principe de légalité des peines et des délits de même que le principe de non-rétroactivité des lois pénales, selon la cour, ce texte interdit l'application extensive de la loi pénale in malam partem, elle également « qu'il en résulte qu'une infraction doit être clairement définie par la loi » et cette condition se trouve remplie « lorsque l'individu peut savoir, à partir du libellé de la pertinente et, au besoin, à l'aide de son interprétation par les tribunaux, quels actes ou pertinente et, au besoin, à l'aide de son interprétation par les tribunaux, quels actes ou omissions engagent sa responsabilité » : CEDH, kokkinakis, 52.

les décisions dans lesquelles le juge de Strasbourg utilise directement l'expression « principe de sécurité juridique »⁶⁶¹.

Ce faisant, elle a choisi d'amputer ce prétendu principe d'une grande partie de son contenu pour, en définitive, le reléguer au rang de règle subsidiaire. En cela, l'approche de la cour de Strasbourg apparaît plus réaliste que celle de la cour de Luxembourg et confirme la normativité incertaine de la notion de sécurité juridique envisagée en tant que principe général du droit. Ce scepticisme correspond à l'esprit de la convention européenne des droits de l'homme que la cour ne manque pas rappeler : « le but de la convention consiste à protéger des droits non pas théoriques et illusoires, mais concrets et effectifs »⁶⁶².

De plus, indépendamment des leçons tirées des débordements de la jurisprudence communautaire, la rareté des applications du principe de sécurité juridique dans les domaines couverts par la convention s'explique, sans doute également par le caractère restreint du champ du droit en question circonscrit aux « droits et obligations à caractère civil ». De ce fait, le principe de sécurité juridique qui constitue. Comme nous le verrons plus loin, une obligation s'imposant essentiellement à l'égard de la puissance publique. Trouve difficilement à s'imposer dans le cadre étroit de la convention excepté en ce qui concerne les garanties procédurales. Celles-ci ont en effet pour caractéristiques d'être présentes dans l'ensemble des contentieux (privé, pénal, public) et surtout d'impliquer l'action des pouvoirs publics afin de les mettre en œuvre. Or, cela semble correspondre au contenu de ce principe qui vise l'objectivité normative et la cohérence du droit dans un rapport de verticalité.

⁶⁶¹ - sur le site internet de la cour européenne, on constate que l'expression « principe de la sécurité juridique » ne figure que dans 10 décisions. De plus, ces indications sont souvent trompeuses car dans de nombreux cas la formule n'est pas utilisée par la cour de Strasbourg elle-même, mais soit par les parties à l'appui de leurs allégations, soit par les juridictions internes dont la décision a donné lieu à un recours devant le juge européen. Par exemple, observe que l'expression « principe de sécurité juridique » apparaît dans l'affaire pradal et Gonzalez et autres c/ France, préc. Or, il s'agit simplement de l'exposé des motifs invoqués par le gouvernement et que la cour n'a ensuite pas repris à son compte 52 : « le gouvernement indique tout d'abord que s'agissant de dispositions législatives rétroactives, il convient de préciser que deux niveaux de contrôle permettent de veiller au respect du principe de sécurité juridique qui doit entourer le procès. Le premier contrôle est opéré par le conseil constitutionnel lorsque ces dispositions sont soumises à son examen(...). Le second contrôle est exercé par les tribunaux lors de l'application de la loi nouvelle aux litiges en cours(...). dans l'affaire K.H.W C/ Allemagne où l'expression apparaît dans l'exposé de la décision du juge allemand mais également dans la présentation, à l'issue de l'arrêt de la cour de l'opinion dissidente du juge CABRAL BARRETO.

⁶⁶² -voir parmi d'autres les arrêts Artico c/Italie du 13 mai 1980, 33 et Loizidou c/ Turquie du 23 mars 1995, p.27, 72 Cf. également J.CALLEWAERT : la convention européenne des droits de l'homme entre effectivité et prévisibilité, Mélanges en hommage à P.LAMBERT/ les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire, Bruxelles, Bruylant, 2000, p.93 et s.

Paragraphe 2: Le domaine circonscrit du principe de sécurité juridique

Après l'avoir énoncé, la cour européenne a semblé avoir pris conscience que le principe de sécurité juridique ne nécessitait pas d'être appliqué. Elle en a donc réduit considérablement le champ d'application. Ainsi, c'est essentiellement dans le domaine procédural que la cour européenne a choisi de lui faire une place en tant que complément des garanties posées par l'article 6-1 de la convention et donc comme règle supplétive.

Depuis l'affaire *Perez de Rada Cavanilles c/ Espagne* du 28 octobre 1998, le principe de sécurité juridique est utilisé afin de justifier l'obligation de respecter les délais former un recours vise certes à assurer une bonne administration de la justice et le respect, en particulier, du principe de la sécurité juridique »⁶⁶³. En effet, cette obligation n'ayant pas de fondement au sein de la convention, la cour de Strasbourg l'a déduite de ce principe. Elle précise, en outre, que l'obligation de respecter les délais prescrits par la loi n'est pas érigée de manière absolue ; elle doit encore préserver les garanties du procès équitable : « toutefois, les règles en question, ou l'application qui en est faite, ne devra pas empêcher le justiciable d'utiliser une voie de recours disponible »⁶⁶⁴. Le principe de sécurité juridique apparaît donc comme un instrument du contrôle de proportionnalité du juge européen permettant d'apprécier les moyens et le but visé par la réglementation litigieuse.

Cette formule a récemment permis à un requérant français, évincé de son pourvoi en cassation en raison de la computation du délai de pourvoi prévu par les articles 568 et 217 al.3 du code de procédure pénale, d'obtenir réparation sur le fondement de l'article 6-1 de la convention⁶⁶⁵.

⁶⁶³ CEDH : 28 octobre 1998, *Perez de Rada CAVANILLES C/Espagne*, Rec.1998-VIII, p.3256-3257, 44-45, idem dans CEDH : 25 janvier 2000, *Miragall Escolano c/Espagne*, 33, DEDH/26 Octobre 2000, *Léoni c/Italie*, 23, CEDH/10 JUILLET 2001 ? *Tricard c/Espagne*, préc.44-45.

⁶⁶⁴ CEDH : 28 octobre 1998, *Perez de Rada Cavanilles c/ Espagne*, préc.44-45.

⁶⁶⁵ CEDH : 10 Juillet 2001, *Tricard c/ France*, cf. site internet de la cour : en l'espèce, le requérant résidant de Papeete, voulait former un pourvoi contre l'arrêt de la chambre d'accusation de la cour d'appel de Paris rejetant une demande d'annulation de la procédure dirigée à son encontre. Mais d'après les articles 568 et 217 al.3 du code de procédure pénale, le délai de pourvoi en cassation est de 5 jours à compter de la signification qui est faite par lettre recommandée tant que le juge d'instruction n'a pas clôturé l'information. En l'occurrence, la lettre recommandée notifiant au requérant l'arrêt en question et précisant que le délai de recours était de 5 jours à compter de l'envoi de celle-ci, a été envoyée le 30 janvier 1996 de Paris mais n'est arrivée à Tahiti que le 5 février et ne fut remise à son destinataire que le 6 février. Le requérant pensait alors que c'était à compter de cette date que commençait à courir le délai de 5 jours et il introduisit alors un pourvoi le 12 février que la cour de cassation déclara irrecevable comme tardif sur la base des dispositions précitées. La cour, après avoir rappelé la formule énoncée (29), considère que les exigences procédurales ainsi interprétées ont porté atteinte à la substance même du droit d'accès du requérant à un tribunal (33).

Ainsi, la jurisprudence de l'arrêt *Marckx*⁶⁶⁶, dans laquelle le principe de sécurité juridique est apparu pour imposer la non-rétroactivité des lois en dehors de la matière répressive, est restée stérile. Ce principe n'a pas connu les mêmes développements qu'en droit communautaire. Il aurait, en effet, pu permettre à la cour d'étendre sa jurisprudence et, notamment, de lui conférer la faculté de moduler dans le temps les effets de ses solutions. Or, le juge européen a renoncé aux perspectives que ce principe lui fait miroiter. Il a d'ailleurs préféré lui donner un contenu réducteur dans lequel il est associé au respect des décisions passées en force de chose jugée.

Dans l'affaire *Brumarescu c/Roumanie* du 28 octobre 1999, la cour condamne la violation du « principe de la sécurité des rapports juridiques » ainsi que du droit du requérant à un procès équitable en raison du pouvoir dont dispose le procureur général de la Roumanie d'attaquer à tout moment un jugement définitif par la voie du recours en annulation⁶⁶⁷. Ainsi, « le principe de sécurité juridique signifie que la solution donnée à un litige ne doit pas être remise en cause »⁶⁶⁸. Il revêt là encore un aspect procédural.

Le principe de sécurité juridique se voit donc dépouillé d'une partie substantielle de son contenu. L'acception du droit européen conventionnel qui en est faite n'évoque nullement un principe général imposant la non-rétroactivité des lois ainsi qu'une multitude de règles dérivées comme en droit communautaire. Celui-ci s'y présente, au contraire, comme une des limites posées par le juge à la rétroactivité des lois non pénales et donc comme une règle d'exception⁶⁶⁹ pouvant aisément trouver d'autres supports.

Dès lors, la matière procédurale apparaît comme l'unique sphère dans laquelle la sécurité juridique a été admise, sous la forme d'un principe, par la jurisprudence de la cour de Strasbourg. Il s'agit d'ailleurs moins d'un « principe de droit » que d'un « principe explicatif ». A cet égard, au même titre que les règles d'interprétation, par nature supplétives, il ne se révèle pas contraignant.

⁶⁶⁶ CEDH : 13 juin 1979, *Marckx c/Belgique*, série A, n°31, spéc pp25-26,58 : « la principe de sécurité juridique, nécessairement inhérent au droit de la convention comme au droit communautaire, s'oppose l'état belge de remettre en cause des actes ou situations juridiques antérieures au prononcé du présent arrêt » F.RIGAUX la loi condamnée. A propos de l'arrêt du 13 juin 1979 de la cour européenne des droits de l'homme, J.T1979,p.513-524, également CEDH : *Vermeire c/ Belgique*, 29 novembre 1991, série A, n°214-c ; 20.

⁶⁶⁷ CEDH : 28 octobre 1999, *Brumarescu c/Roumanie*, Jurisprudence de la cour Européenne des droits de l'homme par V.BERGER, *sirey* 7^e éd.2000 p.158s spéc 5 : JCP 2000 I 203 N°10, obs F.SUDRE, d.2000 somm.comm, p.187 obs N.FRICERO.

⁶⁶⁸ J.F.RENUCCI : droit européen des droits de l'homme, paris, LGDJ ? 2e éd.2002 p437 n) 311, voir également CEDH : 13 juin 1979, *Marckx c/Belgique*, préc, DEDH :28 octobre 1999, *Brumarescu c/ Roumanie*, préc.

⁶⁶⁹ Dans la jurisprudence de Luxembourg, c'est le principe de non-rétroactivité qui constitue une règle d'exception au détriment des justiciables.

A l'exception de ce domaine, la cour de Strasbourg a exclu le principe de sécurité juridique de sa jurisprudence au même titre que le droit français interne.

Section 2 : L'exclusion totale du principe de sécurité juridique en droit français interne

Le principe de sécurité juridique est de plus en plus souvent invoqué devant les juridictions françaises, plus de quarante pourvois présentés devant la cour de cassation ont mentionné ce principe au cours de la seule année 2002⁶⁷⁰.

De récentes propositions de loi constitutionnelles ont, à défaut d'un principe constitutionnel de non rétroactivité, tenté d'introduire le principe de sécurité juridique pour pallier la rétroactivité des lois fiscales⁶⁷¹. Pourtant, si ces pressions augmentent la probabilité de voir adopter ce principe en droit interne, celui-ci n'a jusqu'ici jamais été expressément accueilli.

Les juges, qu'il s'agisse du juge constitutionnel (**Paragraphe 1**), administratif (**Paragraphe 2**) ou judiciaire (paragraphe 3), ne paraissent pas convaincus du progrès qu'il pourrait apporter dans notre droit et semblent même redouter une déstabilisation du système actuel s'il venait à être reconnu. Sans pour autant sacrifier à la protection de la sécurité juridique, ils ont délibérément choisi de l'éluder plutôt que de prendre le risque d'introduire dans notre ordonnancement un principe qui serait source de bouleversements excessifs.

Paragraphe 1 : L'abstention du conseil constitutionnel

Comme cela a été évoqué à propos des lois de validation⁶⁷², le conseil constitutionnel n'a pas failli à la protection des justiciables contre les atteintes portées à la stabilité du droit résultant, par exemple, de dispositions législatives rétroactives. Toutefois, malgré l'encadrement rigoureux des règles rétroactives, la protection de la sécurité juridique au vu de l'ensemble des situations génératrices d'insécurité juridique est apparue insuffisante. En dépit

⁶⁷⁰ Encore récemment : cass soc 7 janvier 2003 pourvoi n°00-46.476, M.Casimir c/ cité foir fouille, sur Jurinot, Cass civ3, 2 octobre 2002, n°01-02.073 sur légigrance .gouv.fr : également cass soc. ASS. Plén.28 février 2002, Cass crim 19 avril 2000, pourvoi n°99 80.871, Cass civ2, 5 juillet 2001, pourvoi n°99-21.823 ? Cass civ2.20 décembre2001 pourvoi n°9911.016, Lamy Cass Vol IV Egalement CE, 10 décembre 2001, communes de Cavalaire s/mer et de la croix-valmer, n°219216, CE.23 mais 2001, Mme Cartoux n°214693, Lamy CECA vol IV.

⁶⁷¹ En ce sens, cf. l'exposé des motifs de la proposition de loi de C.MILLION et M.MEYLAN : proposition de loi constitutionnelle portant reconnaissance du principe de sécurité juridique dans la constitution ASSEMBLEE Nationale XIème législature proposition n°2251 du 15 mars 2000, également J.C CARLE : proposition de loi constitutionnelle portant reconnaissance du principe de sécurité juridique sénat –session ordinaire 2000-2001, proposition N°222 8 Février 2001, F.LAYER la rétroactivité fiscale : une exception française menacée ?BF 062002 Etudes p439 ets.

⁶⁷² Sur les lois de validation cf.supra.

d'une forte pression doctrinale qui trouve dans la consécration du principe de sécurité juridique la solution aux imperfections de notre système, le conseil constitutionnel a choisi de faire abstraction de ce concept.⁶⁷³

La notion de sécurité juridique apparaît pour la première fois dans la sphère constitutionnelle à l'occasion de saisines du conseil constitutionnel initiées par les parlementaires. Ceux-ci l'ont invoquée très tôt, notamment dans la saisine en date du 28 décembre 1984 : « la pratique des modifications rétroactives de l'assiette d'imposition établies ou à établir au titre des faits générateurs anciens est ...contraire à la sécurité juridique qui fonde le droit des personnes dans la démocratie »⁶⁷⁴. En 1988 et en 1995, les auteurs des saisines invoquèrent le fait qu'une loi fiscale rétroactive faisait revivre des prescriptions en violation de la sécurité juridique des citoyens affirmée par la déclaration des droits de l'homme de 1789⁶⁷⁵. Ils ne pouvaient évidemment invoquer une violation du principe de non-rétroactivité puisque ce dernier n'a valeur constitutionnelle qu'en matière répressive⁶⁷⁶.

Nonobstant les différents arguments invoqués, le conseil n'a pas consacré, de manière explicite, l'existence d'un principe de sécurité juridique. Il a, en revanche, expressément et fermement rejeté la reconnaissance d'un de ses corollaires : le principe de confiance légitime. L'ambivalence que crée à la fois ce silence qui fait obstacle à toute consécration du principe de sécurité juridique (A) et ce rejet catégorique à propos d'un concept dérivé doivent être

⁶⁷³Cf .F. LUCHAIRE : la sécurité juridique en droit constitutionnel français, in les cahiers du conseil constitutionnel, 2001, n°11, P.67 et s. : le conseil constitutionnel « n'a jamais utilisé l'expression sécurité juridique pour en faire profiter l'individu. Plus exactement l'expression n'apparaît qu'une fois (373 DC du 9 avril 1996). Au profit non d'une personne mais de la délibération d'une assemblée locale ».

⁶⁷⁴ Saisine du cons.const. en date du 28 décembre 1984, visée par la décision n°84-184 DC.J.O. du 30 décembre 1984 p. 4184 et 4185.

⁶⁷⁵ Saisine du cons.const. en date du 23 décembre 1988, visée par la décision n°88-250 DC.J.O. du 30 décembre 1988, p.16710 et 16711 ; saisine du cons.const. en date du 20 décembre 1995, visée par la décision n°95-369 DC.J.O du 31 décembre 1995, p.19101 et S, spéc..p.19102, voir également la saisine du cons.const. en date du 23 octobre 1997, visée par la décision n°97-391 dc du 7 novembre 1997, J.O u 11 novembre 1997, p.16390, dans la décision n°94-348 DC du 3 août 1994, J.O du 6 août 1994 p.11482, les auteurs de la saisine ont ici tenté de fonder le droit à l'intangibilité des droits à retraite sur le principe de sécurité juridique qui, selon eux, pourrait être fondé sur le préambule de la déclaration de 1789.

⁶⁷⁶Cf. les récentes propositions de lois visant à intégrer le principe de non-rétroactivité des lois fiscales en droit constitutionnel : N.SARKOZY : proposition de loi organique modifiant l'ordonnance n°59-2 du 2 janvier 1959 portant loi organique relative aux lois de finances assemblée nationale –XIème législature –Proposition n°1151-26 octobre 1998, également J.L WARSMANN : rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république sur la proposition de loi organique n°1151 de M.SARKOSY et de plusieurs de ses collègues modifiant l'ordonnance organique N°59-2 du 2 janvier 1959 portant loi organique relative aux lois de finances assemblée nationale XIème législature. Commission des lois. Rapport n°1191-12 NOVEMBRE 1998/ VOIR Ph.MARINI : proposition de loi constitutionnelle limitant le recours aux dispositions ...rétroactives sénat session ordinaire 1999-2000. Proposition n°54 du 4 novembre 1999.

rattachés aux craintes légitimes que le principe de sécurité juridique fait peser sur notre système (B).

A- le silence comme obstacle à toute consécration

Dans une décision n°96-385 DC du 30 décembre 1996, confirmée l'année suivante par la décision n°97-391 DC du 7 novembre 1997, le conseil a relevé : « qu'aucune norme constitutionnelle ne garantit ... un principe dit de "confiance légitime" »⁶⁷⁷. Cette formule exprime de manière ferme « le rejet par le juge constitutionnel d'une constitutionnalisation rampante du droit communautaire et une mise en cause de l'existence même d'un tel principe en droit français, quelle que soit sa place dans la hiérarchie des normes juridiques »⁶⁷⁸.

Cependant, alors que l'atteinte au principe de sécurité juridique était également invoquée par les requérants, cette exclusion ne vise que le seul principe de confiance légitime⁶⁷⁹. Elle s'explique principalement par le fait que la jurisprudence constitutionnelle permet déjà de faire bénéficier les particuliers d'une protection équivalente à celle de la confiance légitime, qui donc apparaît inutile.⁶⁸⁰ Néanmoins, le ton des formulations

⁶⁷⁷ Décision du cons.const. du 30 décembre 1996, n°96-385 DC.J.O du 31 décembre 1996 p.19557, OSCHRAMMECK, AJDA 1997, p.161, RDP 1997, p.289, études F. LUCHAIRE ; RFDC 1997, N°29 p.119 obs L.PHILIP, RDP 1998 p.45obs D.ROUSSEAU les députés requérants contestent la constitutionnalité d'une disposition de la loi de finance opérant prélèvement exceptionnel, au profit de l'état, sur les excédents financiers des organismes collecteurs agréés pour recevoir la contribution des employeurs à la formation en alternance cette décision a été confirmée un an plus tard par la décision n°97-391 DC du 7 novembre 1997, J.O du 11 novembre 1997, p.16390, J.E.SCHOETTEL in AJDA 1997, P.969 DF1997, N°48, comm 1220, cahiers cons const 1998 n°4 p.16-16 RF DC 1998, n°33.P157 ...PHILIP RDP 1995. P.45 chron D.ROUSSEAU les auteurs de la requête font ...à de dispositions de la loi portant mesures urgentes à caractère fiscal et financier d'être-entachés de rétroactivité et de contrevenir ainsi à un principe de sécurité juridique (...) il soutiennent à cet égard que leur application à des revenus ponctuels, provenant notamment de la cession d'éléments du patrimoine professionnel, décidée en fonction des règles fiscales en vigueur pour de cette décision n'est pas justifiée par une nécessité impérieuse et méconnaît dès lors un principe de confiance légitime « selon les requérants, les dispositions critiquées remettent en cause – la confiance que peuvent et doivent avoir les contribuables dans les lois de la république » car une « rétroactivité aussi brutale » devrait reposer sur une nécessité ...dont il s'estiment qu'elle n'est pas établie en l'espèce. Le conseil répond là encore ; sur ce point qu'« aucune norme de valeur constitutionnelle ne garantit un principe dit de "confiance légitime" ».

⁶⁷⁸ B.MATHIEU : liberté contractuelle et sécurité juridique : les oracles ambigus des sages de la rue de Montpensier. (A propos de la décision 96-385 DC du conseil constitutionnel du 30 Décembre 1996) LPA DU 7 mars 1997, n°29 p.5 spéc.p.7.

⁶⁷⁹ Cons.const.n°97-391 DC du 7 novembre 1997, J.O du 11 novembre 1997, p.16390, AJDA, 1997, p.969 et RJC, p.i-719. En l'espèce, les députés ont dénoncé une rétroactivité jugée inconstitutionnelle car excessive dans ses effets à propos des revenus à caractère exceptionnel et ont invoqué à la fois « une atteinte aux principes de sécurité juridique et de confiance légitime ».

⁶⁸⁰ En ce sens cf. les exemples cités par F.LUCHAIRE : la sécurité juridique en droit constitutionnel français, préc, spéc, p.68 et s : le conseil considère sur le fondement du principe de la libre communication des pensées (art.11 de la déclaration de 1789, que le législateur ne peut remettre en cause dans le domaine de la presse écrite, des situations légalement acquises sans que cela soit réellement nécessaire à la réalisation des objectifs de valeur constitutionnelle, en l'espèce le pluralisme (181 DC du 11 octobre 1984). Plus généralement, lorsque le législateur assortit de garanties l'exercice d'une liberté, il ne peut la dépouiller de telles garanties. Dans certains domaines (liberté de communication), il doit même remplacer les garanties supprimées par des garanties équivalentes. C'est ce qui est parfois appelé la règle du cliquet anti-retour ».

jurisprudentielles indéniablement moins sévère à l'égard du principe de sécurité juridique qu'en ce qui concerne le principe de confiance légitime, ne permet pas, pour autant, de placer le principe de sécurité juridique au rang des principes de valeur constitutionnelle⁶⁸¹.

La position du conseil constitutionnel s'est donc caractérisée par un silence sibyllin qui verrouille la question du principe de sécurité juridique. Pour beaucoup, cette position a été perçue comme n'emportant pas nécessairement l'exclusion dudit principe dont la portée est bien plus large que celle du principe de confiance légitime. En effet, le principe de confiance légitime milite exclusivement en faveur d'une approche subjectiviste de la stabilité des situations juridiques, dans le sens de la protection d'intérêts particuliers⁶⁸². Or, le conseil a semblé exprimer l'idée qu'un tel principe ne peut sous cette forme faire l'objet d'une constitutionnalisation en droit français.

Il risque d'aboutir à « des conséquences paralysantes pour la collectivité et fort dommageables pour l'intérêt général »⁶⁸³ et, par conséquent, à « un effet excessivement conservateur sur le droit »⁶⁸⁴. A contrario, si le principe de sécurité juridique s'attache à la situation objective des intéressés et joue donc en leur faveur ou bien contre eux⁶⁸⁵, il n'est alors pas exclu qu'il puisse être reconnu sur le plan constitutionnel. Telle fut donc l'interprétation du silence du conseil à l'égard du principe de sécurité juridique par une partie de la doctrine favorable à sa consécration.

Pour autant, jusqu'à présent la haute juridiction retient invariablement la même solution lorsque la question du statut constitutionnel de la sécurité juridique lui est explicitement posée : « le principe de rétroactivité des lois n'a valeur constitutionnelle, (...) qu'en matière répressive, il est loisible au législateur d'adopter des dispositions fiscales rétroactives dès lors qu'il ne prive pas de garantie légale des exigences constitutionnelles⁶⁸⁶. Ainsi, le principe demeure que le pouvoir du législateur de modifier rétroactivement des normes juridiques pour des raisons d'intérêt général ne saurait être limité du seul fait de

⁶⁸¹ F. PODERNE : actualité des principes généraux du droit, RFDA, 1998, p.506

⁶⁸² Cf. S. CALES : du principe de confiance légitime en droit allemand, communautaire et français, thèse préc. 2000.

⁶⁸³ E. SCHOETTL : conclusions sur la décision n°98-404 DC du 18 décembre 1998 relative à la loi de financement de la sécurité sociale pur 1999, AJDA, 1999, p.22 et s.spéc., p.24

⁶⁸⁴ B. MATHIEU : art. précité, P.7

⁶⁸⁵ Cf. J.P. PUISSOCHET : vous avez dit confiance légitime ? mélanges Braibant, Dalloz, 1996, p.581, M. FROMONT : le principe de sécurité juridique AJDA 1996, N°SP2CIAL ? P.178.

⁶⁸⁶ Cons.const.n°97-391 DC du 7 novembre 1997, J.O. du 11 novembre 1997, p.16390, décision n°97-395 DC du 30 décembre 1997, J.O du 31 décembre 1997, p.19313, Décision n°98-404 du 18 décembre 1998, J.O.27 décembre 1999, p.19663, cf également déc.n°2000-458 DC du 7 février 2002 sur le site internet du conseil constitutionnel.

l'existence de droits acquis sous l'empire de l'ancienne législation sauf à respecter les exigences constitutionnelles⁶⁸⁷.

Le conseil n'a jamais déclaré que le principe de sécurité juridique s'inscrivait parmi les exigences pouvant limiter la rétroactivité de la loi. Pourtant, la formule pourrait laisser croire le contraire, d'autant que les limites jusqu'ici admises par le conseil constitutionnel (but d'intérêt général suffisant, respect de la chose jugée, des prescriptions légalement acquises, du principe de non-rétroactivité des mesures répressives plus sévère...) ne sont pas étrangères au prétendu principe de sécurité juridique⁶⁸⁸ ou plutôt à la sécurité juridique. Pour autant, toute tentative d'analogie semble vaine et hasardeuse, conclure sur ces bases à la consécration du principe de sécurité juridique serait pure extrapolation, car seul le conseil constitutionnel peut hisser une nouvelle norme juridique au rang constitutionnel. Ce que certains confondent avec une reconnaissance du principe de sécurité juridique n'est, en fait, qu'une prise en compte accrue de la sécurité juridique au sens large par le juge constitutionnel⁶⁸⁹.

Pour l'heure, ce dernier reste muet quant à la valeur du principe de sécurité juridique en tant que tel puisqu'il n'a pas clairement affirmé sa volonté de l'écarter ou de l'admettre.

Il est également inconcevable d'en conclure à une consécration implicite du principe de sécurité juridique⁶⁹⁰. Cette déduction hâtive nous paraît imprudente et erronée. Imprudente, en premier lieu, car elle nie les contours flous et tentaculaires de la notion de sécurité juridique qui, sous la forme d'un principe, constitue une source de contradictions et ravive le spectre de l'arbitraire juridictionnel. De même, cette logique occulte la capacité de ce principe à absorber les normes existantes dont l'efficacité n'est pas remise en cause. En second lieu, elle néglige les risques d'insécurité juridique qui découlent de l'application du principe de sécurité juridique. Pour illustrer ce point, il suffit de reprendre la question de la codification par voie d'ordonnance qui aboutit à la concentration du pouvoir de légiférer entre les mains d'une institution bureaucratique et de s'interroger sur sa compatibilité avec la sécurité juridique.

⁶⁸⁷ Décision du cons.const.n°86-223 du 29 décembre 1986, Rec.p.184, (cons.6)

⁶⁸⁸ Cf .B.MATHIEU et M.VERPEAUX, jurisprudence constitutionnelle, JCP, éd G.1998 CHRON. ; 137. P. 919 ; B. MATHIEU in Annuaire international de droit constitutionnel ; XV 1999 ; précité : « Si le principe de sécurité juridique n'est pas directement reconnu par le conseil dans cette décision il en constitue cependant le fil directeur : »

⁶⁸⁹ Voir par exemple D. MAUS : La pratique constitutionnelle française 1^{er} janvier-31 mars 2000 ; RFDCConst. 2000 ; n 43 ; chronique p.505

⁶⁹⁰ Pour B.Mathieu, la chose est entendue : « sous réserve d'un étiquetage spécifique, le principe de sécurité juridique fait partie de l'arsenal juridique français dans lequel il trouve un ancrage fiable et logique », cf. La sécurité juridique : un produit d'importation dorénavant, D. 2000. n° 4, point de vue, p.VII.

Cette observation montre à quel point le maniement de cette notion peut s'avérer périlleux et inextricable, en effet, si dans son principe la codification tend au renforcement de la sécurité juridique en permettant une meilleure connaissance du droit, en revanche, l'instrument utilisé pour y parvenir (la délégation de compétence entre les mains du pouvoir exécutif) agrmente les incertitudes relatives à une mauvaise qualité rédactionnelle, à l'instabilité des dispositions compilées, à « l'ère de la modification constante des codes à droit constant ». Par conséquent, si d'un côté la sécurité juridique peut paraître préservée, de l'autre elle semble sacrifiée. Le recours à un objectif d'accessibilité et d'intelligibilité a permis d'éluder cette problématique, du moins en apparence.

Enfin, la reconnaissance implicite du principe de sécurité juridique paraît erronée car seul le Conseil constitutionnel peut ériger de nouveaux principes non écrits au rang constitutionnel. A ce titre, il n'est de principes constitutionnels qu'explicites. Il faut donc convenir que le principe de sécurité juridique est inexistant au plan constitutionnel et examiner la cause de ce rejet implicite.

B- Un mutisme justifié par des craintes légitimes

La méfiance du Conseil constitutionnel à l'égard d'un principe étranger à notion système apparaît justifiée à plus d'un titre. La reconnaissance de ce principe constituera non seulement une source inépuisable de confusion (**B-1**) mais également un facteur de bouleversements insurmontable (**B-2**).

B-1 : Une source de confusion

Dans une décision du 9 avril 1996 qui portait sur le premier alinéa de l'article 113 de la loi organique n°96-312 du 12 avril 1996, il apparaissait que le Parlement avait limité, sous peine de forclusion, à un délai de quatre mois suivant la publication des délibérations de l'assemblée territoriale de la Polynésie française ou de sa commission permanente, l'introduction des recours pour excès de pouvoir contre les actes pris en application de ces délibérations lorsque « la solution du litige conduit à apprécier s'il a été fait par ces délibérations une exacte application de la répartition des compétences entre l'Etat, le territoire et les communes ».

Le Conseil constitutionnel a déclaré contraire à la constitution ladite disposition qui aménageait une forclusion et donc une privation de tout recours juridictionnel⁶⁹¹ non pas sur la base de l'attitude du plaideur, mais à raison de l'autorité qui édictait l'acte attaqué. Il a ainsi décidé, sur le fondement de l'article 16 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen⁶⁹², « qu'eu égard à l'importance qui s'attache au respect de la répartition des compétences entre ces autorités, le souci du législateur de renforcer la sécurité juridique des décisions de l'assemblée ne saurait justifier que soit portée une atteinte aussi substantielle au droit à un recours juridictionnel » (consid.n°81).

Dans ce considérant, la méfiance à l'égard du principe de sécurité juridique s'exprime de deux manières. Elle se traduit, d'abord, par une nette distinction entre la sécurité juridique stricto sensu et le principe de sécurité juridique. Elle se manifeste, ensuite, à travers le risque qu'entraîne la manipulation de la notion de sécurité juridique.

D'une part, le Conseil reconnaît l'existence d'un « souci de renforcer la sécurité juridique » qui se distingue du « principe de sécurité juridique » qu'il a, à nouveau, choisi d'éluder. Cette référence atteste d'une volonté de ne pas assimiler la sécurité juridique à une norme juridique (contraignante). Le Conseil constitutionnel conçoit donc cette notion comme une préoccupation que le législateur doit respecter telle une directive ou une ligne de conduite, le Conseil a ainsi précisé une différence essentielle entre la sécurité juridique et le principe du même nom afin, manifestement, d'écarter ce dernier.

D'autre part, le souci de sécurité juridique poursuivi par législateur dans un but bien déterminé (le renforcement de la sécurité juridique des décisions de l'assemblée) empiète sur la sécurité juridique au sens large à travers le droit d'agir en justice. Dès lors, « il y a là un arbitrage intéressant entre la sécurité juridique d'une norme et celle des particuliers, notions que l'on confond trop souvent... »⁶⁹³. L'ambivalence et la relativité de la notion n'auront certainement pas échappé au Conseil qui, prenant le risque de se contredire, tente, malgré tout, une conciliation entre deux approches différentes d'un même concept : d'une part, la sécurité juridique qui vise un objectif spécifique et d'autre part, la sécurité juridique envisagée de manière générale. Il résulte de cet arbitrage surréaliste entre « sécurité juridique » et « sécurité juridique » que celle envisagée de manière spécifique (en faveur des décisions de

⁶⁹¹ Sur le droit au recours juridictionnel cf. T.S Renoux : Le droit au juge naturel, droit fondamental, RTDCiv. 1993, p.33.

⁶⁹² Article 16 DDHC : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution ».

⁶⁹³ F.Luchaire, La sécurité juridique en droit constitutionnel français, Op Cit, p.69.

l'assemblée) constitue une limite au droit au recours juridictionnel. En revanche, celle-ci ne saurait aller jusqu'à anéantir ce droit fondamental qui lui-même procède de la sécurité Juridique au sens large.

Cet exemple dans lequel le Conseil constitutionnel, au risque de se fourvoyer, s'est aventuré à « jongler » avec la sécurité juridique illustre parfaitement le caractère périlleux de l'exercice car les termes employés se réfèrent, en fait, à la même chose sous un angle différent. Partant, la manipulation de la notion de sécurité juridique prête à confusion et s'apparente davantage à un exercice de style dans lequel le droit se perd dans des contorsions linguistiques.

Toutefois, il n'est pas raisonnable d'affirmer, comme l'ont fait certains, que l'utilisation de la notion de sécurité juridique comme règle de référence emporte sa reconnaissance comme « principe constitutionnel »⁶⁹⁴ ou même de considérer que le Conseil met ainsi en balance deux droits fondamentaux antagonistes. Aucune certitude ne peut être obtenue sur ces questions. Cependant, l'absence de réponse claire de la part du Conseil et le doute ainsi entretenu quant à l'existence et à la valeur du principe de sécurité juridique encouragent l'espoir des auteurs de saisines de voir le concept consacré. Les arguments des requérants se font de plus en plus précis et donc de plus en plus convaincants. Ainsi, à propos de la décision du Conseil constitutionnel n°98-404 DC du 18 décembre 1998⁶⁹⁵, les auteurs de la saisine ont soutenu que la modification rétroactive du calcul de l'assiette d'une imposition était contraire à la constitution, notamment parce qu'elle aurait méconnu « le droit à la sûreté et la garantie des droits, appelé principe de sécurité juridique, tels qu'ils sont définis par les articles 2 et 16 de la déclaration de 1789 ». Cette tentative a, une nouvelle fois, été repoussée par la formule habituelle et par le recours à la notion d'intérêt général⁶⁹⁶.

Enfin, la référence dans la décision de 1996 au « souci de renforcer la sécurité juridique » a permis à certains d'envisager la consécration constitutionnelle de la sécurité juridique à travers une nouvelle catégorie de référence constitutionnelle : les « soucis à valeur constitutionnelle ». Moins qu'un « objectif de valeur constitutionnelle » et à fortiori moins

⁶⁹⁴ En ce sens : N. Molfessis : Observations sur la décision n° 96-373 relative à la loi organique portant sur l'autonomie de la Polynésie française, *Justices*, 1997, n°5, p. 247 et s, l'auteur en déduit la valeur constitutionnelle du principe de sécurité juridique car seul un objectif de cette nature peut permettre des atteintes à des principes et droits de valeur constitutionnelle.

⁶⁹⁵ Cons.const. n° 98-404 DC du 18 décembre 1998, loi de financement de la sécurité sociale pour 1999, J.O du 27 décembre 1998, p. 19663, le texte des saisines est publié pp. 19667 et 19670.

⁶⁹⁶ La « non-rétroactivité des lois n'a de valeur constitutionnelle, en vertu de l'article 8 de la DDHC, qu'en matière répressive.

qu'un « principe », ce souci à valeur supralégislative dont le législateur peut s'inspirer n'a toutefois pas permis de justifier une atteinte au droit au recours aussi « substantielle » qu'en l'espèce⁶⁹⁷. Cette hypothèse ne peut cependant aller plus avant car cette catégorie demeure pour l'instant à contenu unique puisque seule la sécurité juridique a été qualifiée comme telle.

Il semble pour le moins douteux que le Conseil constitutionnel soit amené à reconnaître un jour un principe constitutionnel de sécurité juridique alors que la sécurité juridique forme déjà une préoccupation qui, de toute évidence, est omniprésente dans sa jurisprudence⁶⁹⁸. Une telle consécration risquerait de bouleverser le système dans son ensemble.

B-2 : Un facteur de risque

En raison de sa généralité et de ses contours tentaculaires, le principe de sécurité juridique ne peut être introduit dans n'importe quel système juridique. En droit français interne, il est susceptible d'entrer en conflit avec d'autres exigences fondamentales. Il s'agit, en effet, d'un principe transversal qui se situe à la fois au cœur des exigences du droit et en marge des autres constructions d'ensemble qui composent ce dernier. Son intrusion risque donc d'apparaître comme une véritable substitution⁶⁹⁹, susceptible de bouleverser les fondements traditionnels de notre droit. Or, pour « importer un principe issu d'un autre système juridique, il faut tenir compte de la signification et du rôle de ce principe dans son environnement institutionnel et conceptuel (...) eu égard aux particularités de la tradition française » ; il faut déterminer s'il ne s'agit pas là d'une « intrusion de principes et de concepts étrangers à cette tradition, menacée alors de déformation »⁷⁰⁰.

Le Conseil constitutionnel a pressenti le danger que laisse présager la reconnaissance d'un principe de sécurité juridique ainsi que la menace d'affaiblissement de l'ordre normatif qui découle des applications inévitablement contradictoires d'un tel principe⁷⁰¹ à l'issue de

⁶⁹⁷ Voir S.Calmes : Du principe de confiance légitime en droit allemand, communautaire et français, Thèse Paris II, 2000, p.124.

⁶⁹⁸ F.Luchair : La sécurité juridique en droit constitutionnel français, in Les cahiers du Conseil constitutionnel, 2001, n° 11, Op Cit, p.67 et s

⁶⁹⁹ J-F-Flauss: Rapport français, in J.Schwarze: Das Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluss, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden- Baden, 1996, p.31, spéc. p.113.

⁷⁰⁰ E. Prevedourou : Le principe de confiance légitime en droit public français, Institut d'histoire constitutionnelle hellénique et de droit constitutionnel, étude 8, Droit et économie. P.N Sakkoulas, Athènes, 1998, p.17.

⁷⁰¹ F.Moderne : Actualité des principes généraux du droit, Op Cit, p.517 : l'auteur estime que les applications concrètes de la sécurité juridique sont pratiquement indéterminables, et qu'un recours désordonné au principe de sécurité juridique serait un élément de perturbation redoutable du droit positif.

l'observation de ses applications en droit communautaire. Elles aboutissent à l'arbitraire juridictionnel et administratif mais surtout altèrent la séparation des pouvoirs.

Enfin, en légitimant une exigence de stabilité du droit, une telle consécration peut constituer un risque de « cimentation » du droit et donc un frein à l'évolution générale du droit⁷⁰². En effet, elle « pourrait faire croire que les situations juridiques résultant des lois sont définitivement établies et que le législateur ne pourrait les modifier. Or, le Conseil a plus d'une fois jugé qu'il est loisible au législateur de modifier des tests antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions »⁷⁰³.

Toutes ces difficultés additionnées remettent en cause l'éventuelle transposition du principe de sécurité juridique dans notre système.

Malgré tout, la sécurité juridique en tant que telle n'en est pas moins admise. En réalité, le Conseil « fait de la sécurité juridique sans le savoir, ou plutôt en faisant mine de ne pas le savoir », en trouvant dans d'autres concepts une parade, un expédient lui permettant de ne pas consacrer expressément le principe de sécurité juridique. Cette méthode qui s'apparente à un jeu subtil et qui consiste à protéger la sécurité juridique en bannissant l'expression de son vocabulaire répond donc à trois préoccupations majeures.

D'une part, elle vise à protéger notre ordonnancement d'une norme polysémique pouvant se révéler plus dangereuse que le mal qu'elle entend endiguer⁷⁰⁴. D'autre part, la jurisprudence du Conseil refuse de se trouver liée par un principe qui, s'il s'applique en toute rigueur, conduit inévitablement à la fixité du droit dans son ensemble. Enfin, le refus d'accueillir en droit constitutionnel interne un principe issu du droit allemand puis intégré en droit communautaire, s'explique par l'existence d'une profonde différence de culture juridique pouvant s'avérer lourde de conséquence pour la cohérence du système.

Le Conseil s'est donc engagé dans la voie de la protection de la sécurité juridique par le biais de raisonnements spécifiques qui, à l'évidence, évitent d'ériger la sécurité juridique, de façon générale et prétorienne, en principe de droit constitutionnel non écrit, exprimant ainsi à son égard une méfiance réelle et justifiée. Par conséquent, le juge constitutionnel préfère, à

⁷⁰² L.Favoreu : Droit constitutionnel, Dalloz, 2001, Op Cit, p.810.

⁷⁰³ F.Luchaire : La sécurité juridique en droit constitutionnel français, in Les cahiers du Conseil constitutionnel, 2001, n°11, Op Cti, p.67 et s.

⁷⁰⁴ Sur ce point, nous verrons plus loin, que le principe du même nom peut s'écarter de la sécurité juridique en général. Voir également les développements consacrés au principe de sécurité juridique en droit communautaire.

juste titre, utiliser d'autres armes pour lutter contre les cas d'instabilité normative les plus flagrants, voire en créer de nouvelles (exigence de clarté, objectif d'intelligibilité et d'accessibilité, etc.), plutôt que d'admettre un principe dont les ambitions peuvent être aisément détournées.

On ne peut qu'approuver le refus du Conseil constitutionnel de consacrer un principe de sécurité juridique⁷⁰⁵. Cette ligne de conduite semble d'ailleurs porter ses fruits puisque les récentes saisines du Conseil constitutionnel se montrent moins attachées au principe de sécurité juridique qu'à « la nécessité de préserver la sécurité juridique ». Elle a surtout nettement influencé la jurisprudence du Conseil d'Etat qui apparaît encore plus austère quant à l'introduction du principe de sécurité juridique dans le système juridique français.

Paragraphe 2 : L'intransigeance du Conseil d'Etat français

Alors que le Rapport annuel du Conseil d'Etat pour l'année 1991 fait état d'importantes dérives institutionnelles portant atteinte à la sécurité juridique, celui-ci n'envisage nulle part de résoudre les défaillances dénoncées par la mise en place d'un principe de sécurité juridique. Il a donc choisi d'ignorer cette suggestion qui réitère pourtant régulièrement la doctrine⁷⁰⁶, et qui a récemment donné lieu à des propositions de lois. Les Commissaires de gouvernement, pour la plupart, aspirent également à cette évolution et qualifient dans leurs conclusions la sécurité juridique de principe. De son côté, le Conseil d'Etat constate l'existence d'une nécessité sociale⁷⁰⁷ mais demeure inflexible voire hostile à l'institution d'une garantie générale de stabilité des situations juridiques.

Pour autant, à aucun moment, le juge administratif ne s'est départi du souci d'assurer la sécurité juridique. Il semble préférer voir se concrétiser de manière empirique l'objectif qu'un prétendu principe est supposé atteindre directement.

Plus méfiant encore que le Conseil constitutionnel, le Conseil d'Etat a clairement affirmé son attachement aux principes généraux du droit administratif existants ainsi que sa détermination à assurer, sur ces bases, une protection efficace de la sécurité juridique des justiciables (A). Il exclut ainsi de manière catégorique le principe de sécurité juridique de sa jurisprudence et conforte, ce faisant, son autonomie ; Enfin, il démontre, par une adaptation

⁷⁰⁵ En de sens, D.Ribes : Non-rétroactivité et sécurité juridique, D.2002, somm. Comm., p.1953.

⁷⁰⁶ M.Heers : La sécurité juridique en droit français : vers une consécration du principe de confiance légitime ?, RFDA 1995, p. 963 ; C. Lepage : Le principe de sécurité juridique est-il devenu un principe de valeur constitutionnelle ? GAZ Pal, 1999, n° 178-180, p.2.

⁷⁰⁷ - R.Schwartz : Conclusions sur C.E, sect. 3 novembre 1995, Mme Velluet et autres, AJDA, 1996, p.215.

constante des principes du droit administratif, le caractère superflu du principe convoité et des exigences nouvelles qui en découleraient. Faisant preuve, à leur égard, d'un véritable ostracisme, il va jusqu'à préserver le droit existant de l'emprise du droit communautaire (B).

A- La sécurité juridique assurée par le respect scrupuleux des principes existants

Le Conseil d'Etat estime que la sécurité juridique constitue un objectif à atteindre. Il assure l'équilibre entre cet objectif visant, le plus souvent, à garantir les droits des administrés et le principe de légalité par le biais de notions juridiques éprouvées de longue date. Ces dernières, incluses dans le corps du droit administratif, sont à sa disposition et constituent l'alternative au principe de sécurité juridique. Il s'agit, notamment, du principe de non-rétroactivité des actes administratifs⁷⁰⁸ ou du principe des droits acquis par lesquels furent exploitées les notions d'erreur manifeste d'appréciation⁷⁰⁹ et de délai raisonnable qui dominent le régime des retraits et abrogations d'actes administratifs. Il y a encore le principe général en vertu duquel toutes les décisions administratives sont susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir, le principe non bis in idem, le principe du respect des droits de la défense, le principe de légalité...⁷¹⁰

Il n'est pas dans notre propos de mener une étude exhaustive sur l'application de ces différentes règles. Toutefois, il importe d'en donner une illustration dans un domaine qui occupe une place importante de l'activité du juge administratif⁷¹¹ et qui présente un risque de remise en cause des situations juridiques des administrés. A ce titre, en matière de retrait d'actes individuels créateurs de droit le souci d'assurer la sécurité juridique a été rigoureusement respecté (A-1) indépendamment du recours au principe de sécurité juridique que le Conseil d'Etat perçoit comme étant injustifié (A-2).

A-1 : Les illustrations du respect de la sécurité juridique

L'affaire dite de Laubier du 24 octobre 1997⁷¹² offre une parfaite illustration de l'autonomie du juge administratif par rapport au « principe » plébiscité pour assurer la

⁷⁰⁸ Le Conseil d'Etat confère d'ailleurs à ce principe valeur de principe général du droit.

⁷⁰⁹ L'erreur manifeste d'appréciation reprend l'idée d'une qualification juridique des faits autorisant une mise en balance des intérêts de chaque partie. Elle permet d'opérer un contrôle de proportionnalité entre la décision prise et les faits en question.

⁷¹⁰ R.Chapus : Droit administratif général, t.1, 12^{ème} éd., Op Cit, p.88.

⁷¹¹ Le Cédérom Lamy CECA pour la période allant de janvier 1994 à mars 1998, comporte 1136 arrêts consacrés aux retraits et 230 portant sur l'abrogation des actes administratifs.

⁷¹² Mme de Laubier, JCP, éd.G, 1998, IV, 2584, obs. Ch.Rouault ; AJDA, 1997, p.1010.

sécurité juridique. En effet, la formation solennelle du Conseil d'Etat a su y préserver la sécurité des situations juridiques en dépit de la logique de sa jurisprudence Dame Cachet⁷¹³.

En l'espèce, un acte individuel créateur de droit à l'égard de Mme de Laubier a été retiré après plus de 10 mois par l'administration au motif qu'il était illégal et non définitif. Or, en l'occurrence, la seconde condition de l'arrêt Dame Cachet posait une difficulté dans la mesure où le délai de recours n'avait pas été déclenché, faute pour la décision d'avoir été publiée de façon à faire courir ce délai⁷¹⁴. Par conséquent, cette situation offrait à l'administration la possibilité de retirer à tout moment, sans considération de délai, la décision individuelle illégale en cause. En tirant ainsi avantage de sa propre carence (volontaire ou non) l'administration portait atteinte à une situation juridique. Dès lors, « c'est précisément ici que l'application à la lettre de l'arrêt Dame cachet contribue à en méconnaître l'esprit, et que la logique de la sécurité juridique atteint ses limites dans la mesure où cela revient en pratique à allonger très durablement la période d'insécurité juridique au détriment du bénéficiaire de la décision ».

En revanche, afin d'atténuer la portée de ses décisions d'annulation et les difficultés liées à leur exécution, le juge administratif n'hésite pas à s'orienter vers des solutions novatrices. Soucieux de préserver la stabilité de l'ordonnement juridique, il a dernièrement opté, dans une décision Titran du 27 juillet 2001, pour la « modulation dans l'espace » des effets de ses décisions. Il n'a, en effet, pas choisi d'annuler le refus d'un ministre d'abroger deux règlements illégaux mais il a, contre toute attente, imparti à ce dernier un délai de deux mois pour corriger ses deux arrêtés ou pour prendre un décret sur avis conforme du Conseil d'Etat. Il reste encore à observer si cette jurisprudence fera également évoluer la position du Conseil d'Etat quant aux effets dans le temps des décisions de justice⁷¹⁵.

Toutefois, cette évolution qui vise à renforcer la protection de la sécurité juridique indépendamment du « principe » sollicité confère au juge une plus grande latitude. Dès lors,

⁷¹³ La logique de la jurisprudence Dame Cachet est claire : l'administration doit pouvoir retirer un acte générateur de droit pour éviter une annulation contentieuse. Dès lors, les décisions individuelles créatrices de droit ne peuvent être retirées qu'à la double condition d'être illégales.

⁷¹⁴ L'article R.104 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel dispose, en effet, que les délais de recours ne peuvent courir que si les voies et délais de recours ont été mentionnés dans l'acte faisant grief.

⁷¹⁵ S.Boissard : Comment garantir la stabilité des situations juridiques individuelles dans priver l'autorité administratives de tous moyens d'action et sans transiger sur le principe de légalité ? Op Cit. p.81.

pourra-t-elle se poursuivre sans enfreindre la séparation des pouvoirs ? En attendant de l'observer, la logique d'exclusion du principe de sécurité juridique se conforte.⁷¹⁶

Cependant, les solutions dégagées jusqu'ici ne permettent pas de prendre en compte toutes les causes d'insécurité juridique qui affectent le droit⁷¹⁷. Aussi, convient-il d'examiner les raisons profondes de ce rejet.

A-2 : Les justifications du rejet du principe de sécurité juridique

Le juge administratif a montré qu'il préférerait de loin avoir recours à plusieurs principes précis dans leur application plutôt qu'à un nouveau principe, général dans sa formulation, dont le contenu n'est pas clairement identifiable et qui, de ce fait, ne s'avère pas proprement opérationnel⁷¹⁸. Il poussera la méfiance jusqu'aux nouvelles exigences qui découlent du principe de sécurité juridique et qui ont pourtant été expressément consacrées par le Conseil constitutionnel. En effet, il a refusé de faire application de l'exigence de clarté des normes juridiques en considérant que l'obscurité n'entache pas un texte d'illégalité.⁷¹⁹

Outre une méfiance naturelle à l'égard des principes qu'il n'a pas lui-même élaboré et qui lui font craindre une perte d'autonomie, plusieurs raisons peuvent expliquer cette position.

Tout d'abord, le contenu et la portée du principe de sécurité juridique auquel tout et son contraire peuvent être associés laissent présager un risque avéré d'application abusive⁷²⁰ pouvant remettre en cause la cohérence de notre système traditionnel. Par exemple, les solutions du juge communautaire qui, sur le fondement du principe de sécurité juridique, autorisent le gouvernement à faire rétroagir un acte réglementaire à la condition d'avoir informé, au préalable, les opérateurs concernés de son intention (respect de la confiance légitime), ne sont pas transposables dans notre droit. En effet, à l'exception du journal officiel de la république française aucun autre vecteur d'information n'est opposable aux justiciables.

⁷¹⁶ Cf., CE, 10 décembre 2001. Communes de Cavalaire s/ Mer et de la Croix-Valmer, n°219216, Lamy CECA Vol. IV. Dans cette affaire qui concernait le projet de golf de Pardigon, le requérant invoquait notamment le principe de sécurité juridique. Or, le Conseil a considéré que le moyen n'était pas de nature à permettre l'admission de la requête.

⁷¹⁷ S. Boissard : Le dilemme difficile du juge administratif, Op Cit, p.75 et s. : « la zone de stabilité reconnue aux administrés à l'égard de l'action administrative s'avère en pratique relativement réduite ».

⁷¹⁸ Cf, H. Arbousset : Retrait, abrogation et sécurité juridique (analyse depuis 1981 d'une relation souvent difficile), RRJ 2000, Op Cit.

⁷¹⁹ Cf. C. Mauge : Conclusions sur C.E.. 5 mars 1999, M.Rouquette, Mme Lipietz et autres, RFDA, 1999, p.35.

⁷²⁰ - En ce sens : F. Moderne : Actualité des principes généraux du droit, RFDA, 1998, p.495-518,spé.p.517: « ses applications concrètes sont pratiquement indéterminables et (qu') un appel au principe de sécurité juridique serait un élément de perturbation redoutable du droit positif ».

Dès lors, sauf à admettre officiellement de nouveaux modes de diffusion du droit, envisager que les justiciables puissent être informés d'un projet de loi rétroactive par simple voie de presse ou autre serait un facteur d'imprévisibilité et d'instabilité au regard du droit applicable.

A cet égard, les justiciables français sont mieux protégés contre les mesures rétroactives en droit interne français qu'en droit communautaire. Cette protection est renforcée par le contrôle de Conventionalité (excepté en matière fiscale), qui sur la base de l'article 6-1 de la Convention européenne, a permis de censurer un certain nombre de dispositions rétroactives⁷²¹. En revanche, ils le sont beaucoup moins s'agissant des conséquences des changements de réglementation qui offrent un point d'ancrage au principe de sécurité juridique dans notre droit. Cependant, notre système a, là encore, les moyens de les encadrer indépendamment de ce principe qui, de surcroît, s'avère incompatible avec le principe de mutabilité.

Malgré tout, le juge pourrait être tenté de recourir à un principe qui lui offre large marge de manœuvre, pour ne pas dire un « blanc-seing », au risque d'empiéter sur la séparation des pouvoirs ou de perdre sa crédibilité. Or, le Conseil d'Etat rejette sans hésiter ce « cadeau empoisonné » et fait observer que les règles de droit existantes parviennent, à elles seules, à faire la démonstration du caractère superflu du principe en question pour rassurer la sécurité du droit. Aussi, s'il venait à être admis dans notre ordre juridique interne, le principe de sécurité juridique n'aboutirait pas nécessairement à une amélioration des garanties des justiciables⁷²². Au contraire, il risquerait d'engendrer plus de déceptions que de satisfactions.

Ensuite, ce constat est renforcé par le fait que le principe de sécurité juridique n'a fait jusqu'ici l'objet d'aucune reconnaissance officielle par le législateur ou par les autres juridictions françaises, notamment par le Conseil constitutionnel. Ne faisant pas partie de notre droit positif, le juge administratif n'est donc à ce titre soumis à aucune contrainte légale.

Enfin, le Conseil d'Etat semble également redouter que les principes du droit communautaire ne s'écartent de leur champ d'application, en particulier s'ils trouvent en principe de sécurité juridique vise aussi à éviter cet écueil.

⁷²¹A propos de lois de validation non justifiées par des motifs d'intérêt général suffisant: CE, 28 juillet 2000, Tête, Cédérom Lamy CECA; CE, Ass. 5 juillet 2000, Ministre de la Défense c/M.Préaud, Lamy CECA.

⁷²² En ce sens: S.Boissard: Le dilemme difficile du juge administratif, Op Cit, p.79: « en tant que tel, il (le principe de sécurité juridique) n'est pas directement opérationnel pour le juge notamment dans le contentieux de la légalité (...) faire du principe de sécurité juridique un principe général du droit aurait donc une portée symbolique mais ne doterait pas le juge d'instruments nouveaux dans son contrôle de l'action administrative ».

B- La sécurité juridique préservée de l'influence dévoyée du droit communautaire

La volonté du Conseil d'Etat de préserver les principes du droit administratif s'observe également à travers une vigilance particulière à l'égard des principes du droit communautaire à propos desquels une contagion insidieuse et donc incontrôlable est à redouter en droit interne.

Sur ce point, il convient avant tout de distinguer la jurisprudence administrative qui statue dans des domaines qui entrent dans le champ d'application du droit communautaire de celle qui protège strictement sur le contentieux national interne sur lequel les principes du droit communautaire n'ont, en principe, aucune prise. Cela résulte de la structure de base de la construction communautaire qui veut que les communautés ne disposent que de compétences d'attribution. Elle débouche sur un vision dualiste de l'ordre juridique qui justifie l'extranéité des principes généraux du droit communautaires en droit purement interne.

Pour ces raisons, le Conseil d'Etat refuse catégoriquement d'admettre le principe de sécurité juridique lorsque le droit communautaire n'est pas concerné⁷²³. Cette frontière délimitée avec précision assure efficacement le respect des limites matérielles du droit communautaire et du droit interne (B-1) toutefois, elle ne préserve pas pour autant de l'influence conceptuelle du droit communautaire (B-2) que le juge administratif cherche à endiguer.

B-1 : La précision des limites matérielles du droit communautaire

Les limites matérielles du champ d'application du droit communautaire constituent un solide rempart contre l'influence des principes généraux du droit communautaire (B-1-1) toutefois, même en dehors de la sphère communautaire, le juge français n'est pas toujours l'abri de la tentation de transposer des principes communautaires en droit interne (B-1-2). Le Conseil d'Etat veille alors au respect de la rigueur du système et réfrène les risques de débordement.

⁷²³ Sur le refus d'appliquer le principe de sécurité juridique à l'appui d'une contestation de pure droit interne : CE, 27 octobre 2000, Caisse de garantie des administrateurs judiciaires et des mandataires judiciaires à la liquidation des entreprises et autres, n°210838, 211816 et 211927, Cédérom Lamy CECA, vol.III ; CE, 21 février 2000, Union nationale interfédérale des œuvres et organismes privés, n°209637, même base de donnée ; C.E, 28 mai 1997, Macabeo, req. n°180728, Cédérom CECA, vol.II ; C.E, 30 novembre 1994, SCI « Résidence Dauphine » Rec. Lebon, 1994, p.516, concl. G. BACHELIER, DF 1995, n°1, 9-11, Comm., no132 et n°8, Comm. n°319. C.E., 30 décembre 1998, Entreprise Chagnaud S.A, AJDA, 1-1999, p.96 : « La société requérante ne saurait, en tout état de cause, se prévaloir utilement d'un moyen tiré de la méconnaissance des principes de confiance légitime et de sécurité juridique dès lors que l'arrêté attaqué n'est pas au nombre des actes pris par le gouvernement français pour la mise en œuvre du droit communautaire ».

B-1-1 : Une garantie de l'autonomie du droit interne

En vertu de l'article 6 du traité instituant l'union européenne, l'autorité des principes généraux du droit communautaire ne s'impose aux Etats membres et donc au juge national que lorsqu'est en cause l'application du droit communautaire⁷²⁴. Ainsi, les principes généraux en question et, parmi eux, le principe général de sécurité juridique, ne peuvent être opposés à l'Etat membre que si le requérant démontre que la situation litigieuse relève de la règle communautaire.

La Cour de justice elle-même n'hésite pas à écarter leur application « en l'absence de tout rattachement à l'une quelconque des situations envisagées par le droit communautaire »⁷²⁵. Le juge communautaire marque ainsi sa « volonté d'affirmer l'indépendance des autorités nationales »⁷²⁶. En revanche, à l'occasion d'une question préjudicielle, il a affirmé qu' « il ne saurait être considéré comme contraire au droit communautaire que le droit national (en matière de retrait d'acte administratif et de répétitions de prestations financières indûment versées par l'administration) prenne en considération les principes de sécurité juridique et de confiance légitime, étant donné que ces derniers font partie de l'ordre juridique communautaire »⁷²⁷.

Aussi, le Conseil d'Etat impose-t-il cette règle en toute rigueur aussi bien à propos du principe de confiance légitime⁷²⁸ que du principe de sécurité juridique. Il a récemment déclarée dans un arrêt du 27 octobre 2000 que « les dispositions relatives à l'établissement des cotisations perçues au profit de la caisse de garantie ne sont pas au nombre des mesures prises par les autorités nationales pour la mise en œuvre du droit communautaire, qu'ainsi, et en tout état de cause, les requérants ne sauraient valablement soutenir, en se référant au droit issu du traité du 25 mars 1957, instituant la communauté économique européenne devenue la

⁷²⁴ Avant l'insertion des stipulations de l'article 6 dans le traité sur l'union européenne, la cour de Luxembourg avait déjà jugé que les principes généraux du droit communautaire qu'elle avait consacrés s'imposaient aux autorités nationales dès lors qu'elles interviennent dans le champ d'application du droit communautaire : : CJCE, 13 juillet 1989, H. Wachaut d Bundesamt für Ernährung und Fortwirtschaft, aff.5/88, Rec., p.2609 : voir également F.MODERNE : Actualité des principes généraux du droit, Op Cit, p.514.

⁷²⁵ CJCE : 28 mars 1979, La Reine / Saunders, aff.175/8, Rec.p.1129 : voir aussi L.DUBOIS : A propos de deux principes général du droit communautaire, RFDA. 1988 p.699.

⁷²⁶ Selon les termes de B.Genevois : le Conseil d'Etat et l'ordre juridique communautaire, EDCE, 1979-1980, P.88.

⁷²⁷ CJCE : 19 septembre 2002, République Österreich c/ Martin Huber, aff .C-336/00, pt.56, site CJCE.

⁷²⁸ C.E, 16 mars 1998, association des élèves...et Mlle Pujol, D.A.1998, n°149 : dans cet arrêt il ressort que « la méconnaissance d'un principe de confiance légitime » ne saurait être utilement invoqué à l'encontre d'un arrêté ministériel qui n'a pas été pris « pour la mise en œuvre du droit communautaire, voir encore C.E.9 juillet 1997, office public communautaire d'habitation loyer modéré de Saint-Priest, union nat. De féd. D'organismes d'H.L.M, Rec.p.292.

communauté européenne, que l'article 62 du décret contesté serait contraire au principe de sécurité juridique »⁷²⁹.

Par conséquent, en assurant le respect scrupuleux du champ d'application du droit communautaire, le Conseil d'Etat ne peut admettre la transposition du principe de sécurité juridique en droit purement interne. Dans cette logique, l'absence de consécration en droit interne des principes généraux du droit communautaire, dénoncée comme génératrice de distorsions et d'inégalité de situations pour les justiciables⁷³⁰ n'a rien de choquant. Elle se justifie par l'existence de limites légales précises. Les justiciables ne soient aucunement lésés dans la mesure où ils peuvent toujours se prévaloir des principes généraux du droit communautaire dès lors que leur litige intéresse la sphère du droit en question et que le moyen est fondé⁷³¹. En dehors de cette sphère, il est conforme au droit que le juge national recouvre sa souveraineté pleine et entière et ne soit pas contraint de faire application de normes étrangères aux sources du droit interne.

En pratique, les limites décrites peuvent éventuellement donner lieu à des débordements aussitôt maîtrisés.

B-1-2 : Un rempart contre le dépassement des limites matérielles

Certains juges du fond ont tenté d'entrouvrir une brèche dans ce système en reconnaissant ouvertement le principe de confiance légitime en tant que principe général⁷³².

Ce fut le cas du tribunal administratif de Strasbourg qui, dans un jugement du 8 décembre 1994, n'a pas hésité à s'inspirer de la jurisprudence de Luxembourg pour faire

⁷²⁹CE, 27 octobre 2000, Caisse de garantie des administrateurs judiciaires et des mandataires judiciaires à la liquidation des entreprises et autres, n°210838, 211816 et 211927, Op Cit, également CE, 5 avril 2002, Sté des Mines de Sacilor Lormines, sur legifrance.gouv.fr ; CE, 21 février 2000, Union nationale interfédérale des œuvres et organismes privés, n209637, Cédérom Lamy CECA, Vol. III. Cette solution avait déjà été consacrée en 1994 dans l'affaire SCI Residence Dauphine qui révèle que le requérant n'était pas non plus fondé à invoquer, pour écarter l'application d'une loi portant abrogation d'une exonération fiscale dont il bénéficiait, des principes du droit communautaire » dès lors que la taxe en cause étant - uniquement régie par le droit interne : C.E., 30 novembre 1994, SCI Résidence Dauphine, Rec p 516. Egalement, C.E., 3 novembre 1995. Mme Velluet et autres, AJDA 1996, p.213, condi. R.SCHWARZ.

⁷³⁰M. Heers : *La sécurité juridique en droit administratif français : vers une consécration du principe de confiance légitime ?*, RFDA, 1995, p.963, spéc.p.966 : « On ne voit guère pourquoi le juge, chargé de dire le droit, ne pourrait pas le dire au regard d'un principe aussi largement reconnu dans un système de droit communautaire qui par ailleurs s'impose à lui. Il y aurait la sans doute une dichotomie difficile à comprendre pour les justiciables, et pour le moins artificielle ».

⁷³¹CE, Ass., 5 juillet 2001, FNSEA et autres, Cédérom Lamy CECA : le Conseil a jugé qu'était le moyen tiré de l'atteinte au principe de confiance légitime lorsqu'il est invoqué au un recours dirigé contre un décret modifiant le régime de soutien direct aux eurs français dans le cadre tracé par les règlements régissant la politique agricole commune; mais il a dû l'écarter car il était non fondé.

⁷³²Dans l'ensemble, les juges du fond acceptent de se référer aux principes de confiance légitime ou de sécurité juridique lorsque la matière rentre dans le champ d'application du droit communautaire mais ont jusqu'à présent rejeté les fiefs fondés sur la violation de ces principes généraux : cf. CAA de Bordeaux, 22 février 1994, Banque populaire Centre Atlantique. RJF, 4/94, n°398; C.A.A. de Nancy, 17 juin 1999, Ministre de l'environnement Entreprise Transports Freymuth, Reg. n° 95NC00226, 96NC01927, 96NC01928; Juris-Data n° 043455 ; AJDA, 1999, p.880, obs. P.V.

application du principe de confiance légitime au profit de l'entreprise Freymuth dont l'activité d'importation d'ordures ménagères a dû être subitement interrompue du fait de l'intervention du décret n°92-758 du 18 août 1992⁷³³.

L'entreprise avait alors saisi le Conseil d'Etat d'un recours en annulation pour illégalité dudit décret⁷³⁴ et avait parallèlement demandé au tribunal administratif de condamner l'Etat à la réparation du préjudice subi en invoquant la responsabilité sans faute du fait des lois et des règlements et les conditions d'intervention du décret, c'est-à-dire l'intervention soudaine d'un texte instituant un régime d'interdiction frappant l'activité professionnelle prépondérante de l'entreprise.

Le tribunal a alors jugé que : « l'administration doit veiller à ne pas porter aux tiers un préjudice anormal en raison d'une modification inattendue des règles qu'elle édicte ou du comportement qu'elle adopte si le caractère soudain de ce changement n'est pas rendu nécessaire par l'objet de la mesure ou par les finalités poursuivies (et) qu'à défaut de respecter ce principe de la confiance légitime dans la clarté et la prévisibilité des règles juridiques et de l'action administrative, l'administration engage sa responsabilité à raison du préjudice anormal résultant d'une modification inutilement soudaine de ces règles ou comportement ». En première instance, l'Etat a donc été reconnu responsable du préjudice résultant de l'absence de mesure transitoire ou d'accompagnement à l'entrée en vigueur du décret du 18 août 1992, le juge a considéré que si le changement de législation n'est pas interdit en soi, il s'agit « d'éviter la précipitation dans l'élaboration de nouvelles politiques ainsi que l'application brutale de ces dernières »⁷³⁵.

Bien qu'ayant fait naître l'espoir de voir admettre le principe en question en droit interne, il ne faut voir dans cette décision qu'une application pure et simple par le juge

⁷³³ TA Strasbourg. 19 ch., 8 décembre 1994 : Entreprise transports Freymuth c/d Min environnement, concl. J. Pommier, JCP éd. G, 1995, II, 22474, p.306-311 ; AJDA, 1995. p.555 et s. Cf. l'infirmité de la reconnaissance de ce principe par la C.A.A. de Nancy : 17 juin 1999, AJDA, 1999, p.880. Obs. P.V.

⁷³⁴ C.E., 15 avril 1996, Freymuth et autres. AJDA 1996, p.440, concl. D. PIVETEAU ; Europe 1996, comm. 293, p. 15 : le contentieux de l'excès de pouvoir avait pour objet l'annulation de l'article 34-1 du décret du 18 août 1982 qui prévoyait le régime d'interdiction d'importation des déchets des ménages. Or, le Conseil d'Etat a rejeté cette requête et reconnu la légalité du décret. La confiance légitime est ici complètement occultée en raison de la nature spécifique du contentieux de l'excès de pouvoir qui ne vise pas la réparation d'un préjudice et donc la reconnaissance d'un droit subjectif mais l'appréciation objective de la légalité d'un acte juridique. Pour certains auteurs, ce rejet s'analyse différemment : « Il refuse d'utiliser le principe de confiance légitime bien qu'il le connaît, car il craint que la CJCE se compose, à l'encontre de la Cour constitutionnelle : 1. FOURNOL : La confiance légitime : un principe communautaire intégré aux ordres juridiques nationaux ?, La Tribune du droit public, 1997/1, p.17, spec. p.24.

⁷³⁵ M.Heers : la sécurité juridique en droit administratif français : vers une consécration du principe de confiance légitime ?, Op Cit, p.966.

administratif, agissant en qualité de juge communautaire, d'un principe communautaire dans un domaine qu'il croyait couvert par ce droit⁷³⁶.

B-2 : La perméabilité des limites conceptuelles du droit communautaire

En dépit de la précision des limites matérielles qui permet de préserver l'autonomie du droit interne, la tendance vers une « communautarisation » croissante du droit français⁷³⁷ semble irréversible.

Le Conseil d'Etat français paraît impuissant à juguler l'influence communautaire qui résulte d'une évolution générale et commune (B-2-1) ou de la présence de principes communs aux systèmes interne et communautaire (B-2-2). Cette faille permet de mieux comprendre l'hostilité du Conseil à l'égard d'un principe de sécurité juridique en droit interne risquant d'évoluer vers une perte de « souveraineté » des juridictions nationales.

B-2-1 : L'existence d'une évolution commune

Si influence du droit communautaire il y a, c'est essentiellement à travers une plus grande prise en compte par le juge administratif de la situation des administrés. L'ensemble de la doctrine s'accorde, en effet, pour constater une évolution marquée par un souci croissant de protection des droits subjectifs face à l'action administrative⁷³⁸ qui n'est pas sans rappeler l'évolution de la jurisprudence communautaire, particulièrement en matière de retrait d'acte illégal⁷³⁹.

Cependant, alors que la cour de justice fait reposer cet équilibre sur des concepts flous (les notions de délai raisonnable, d'équité,...) et sur une appréciation, au cas par cas, de

⁷³⁶Le commissaire du Gouvernement J. Pommier, précise d'ailleurs dans ses conclusions que le décret du 18 Août 1992 concerne les déchets des ménages et assimilés, lesquels sont bien visés par la directive du 15 juillet 1997 modifiée en 1991. ». L'article 34-1 du décret (posant l'interdiction d'importation) reste donc dans le champ d'application de la directive de 1975 et ne doit pas être directement contraire aux objectifs qu'elle fixe. Cette directive prévoit notamment l'établissement d'un réseau intégré d'installations d'élimination qui doit permettre à la communauté dans son ensemble d'assurer elle-même l'élimination des déchets : cf. JCP éd. E.II 22474. Op Cit, p.308. Cette influence de la jurisprudence de la Cour de justice s'expliquerait également par la proximité territoriale du tribunal administratif de Strasbourg avec les institutions communautaires et européennes.

⁷³⁷J.-F. Flauss : L'influence du droit communautaire sur le droit administratif français, LPA du 9 janvier 1995, n°4.

⁷³⁸M. Heers : La sécurité juridique en droit administratif français : vers une consécration du principe de confiance légitime ? Op Cit.; L. Vapaille : Le principe de sécurité juridique: réalité et avenir en droit administratif français, Op Cit, p.25 ; G. Pellissier : article pré., p.14. H. Arbousset : Retrait, abrogation et sécurité juridique (analyse depuis 1981 d'une relation souvent difficile), Op Cit.

⁷³⁹CJCE : 12 juillet 1957, Algera, aff.7756 et 7/57, Rec.p.81 ; CJCE : 4 décembre 1975, Costacurta dl Commission, aff.31/75, Rec.p.1563, pt.17 ; CJCE : 14 juillet 1983, Detti C/ Cour de justice, aff. 144/82, Rec.p.2421, pt.33; cf. également les développements consacrés à la jurisprudence de la Cour de Luxembourg sur ce point.

proportionnalité entre les différents intérêts (confrontation de l'intérêt cas par cas, de proportionnalité entre les différents intérêts (confrontation de l'intérêt public avec les intérêts privés faisant pencher la balance soit du côté du principe de légalité, soit du côté du principe de sécurité juridique), le Conseil d'Etat, en revanche, détermine les règles applicables avec plus de rigueur et par des raisonnements qui s'opposent diamétralement à ceux du juge communautaire⁷⁴⁰.

Si, en définitive, les solutions françaises et communautaires se rapprochent, elles ne se confondent pas pour autant. En matière de droit acquis par exemple, le droit français comme le droit communautaire interdisent tout retrait d'acte régulier et créateur de droit, en revanche, le droit français permet d'effectuer un retrait à tout moment dès lors que l'acte n'est pas créateur de droit, alors qu'il ne peut intervenir que durant un délai raisonnable en droit communautaire. De même, lorsque l'acte est irrégulier et créateur de droit, le droit français et le droit communautaire procèdent au retrait, l'un dans le délai de recours contentieux⁷⁴¹, l'autre dans un délai raisonnable⁷⁴².

Enfin, si l'acte irrégulier ne crée pas de droit, la règle identique aux actes réguliers non créateurs de droit s'applique.

Aussi, le rapprochement entre les deux jurisprudences doit-il être nuancé car l'évolution de celle du juge administratif à l'égard de la protection des droits des administrés

⁷⁴⁰Ct, par exemple C.E., Ass., 10 octobre 1997, Lugan, préc. Qui exclut toute annulation par voie de conséquence et abandonne également le principe de la caducité des nominations suite à l'annulation des résultats de concours. Au contraire, la Cour de justice dans ce domaine oppose l'intérêt du particulier au maintien d'une situation qu'il pouvait tenir pour acquise, à l'intérêt de la Communauté à voir respecter les règles dans le domaine rétablir la légalité : cf. les conclusions de l'avocat général Misco Sur CCC Consorzio Coopérative d'Abruzzo c/ Commission, Rec.p.1005 En effet, « en droit communautaire, il n'y a pas de liste préétablie d'actes précaires comme cela existe en droit français » : M. Fromont : Le principe de sécurité juridique AJDA, 1996, n° spécial, Op Cit, p. 178.

⁷⁴¹M.Haurio : note sous CE, 3 novembre 1922, Dame Cachet, S. 1925, III, p.10:M. WALINE: Le retrait des actes administratifs, L'évolution du droit public, Etudes offertes à A.Mestre Siroy. Paris, 1956, p.563 : P. Delvove : L'acte administratif, Paris, Sirey. Coll. Droit nu 1983. n° 608 s. - l'abrogation d'un acte créateur de droit illégal est possible dans les mêmes conditions que son retrait. En droit français interne cette possibilité a pour fondement soit la non rétroactivité ou l'intangibilité des droits acquis, soit la nécessité d'assurer la stabilité des actes juridiques: J. Carbajo: L'application dans le temps des décisions administratives exécutoires, LGDI, 1980, p. 171 s. ; C. Yannakopoulos: La notion de droit acquis en droit administratif français, Op Cit, p.447 S.; M. Moustakas : La confiance de l'administré et son influence sur le régime juridique des actes administratifs unilatéraux, thèse, Paris II, 1993, p.270 s.

⁷⁴²Alors qu'en droit français interne le délai de retrait est prévisible pour son destinataire, en droit communautaire, il n'est pas prédéterminé mais simplement apprécié au regard de la situation concrète et compte tenu de la confiance légitime du requérant : M. LETEMENDIA : Retrait et abrogation des actes administratifs individuels en droit communautaire et en droit anglais, Ed. de l'Université de Bruxelles, 1987. p. 166 s., J.-Y. VINCENT : Le retrait des actes administratifs unilatéraux (Examen comparatif des solutions adoptées en droit européen et en droit français), RTDE, 1974, p.31. spec., p.43 s. : C. YANNAKOPOULOS : La notion de droit acquis en droit administratif français, proc., p. 439, note 190.

s'inscrit dans un contexte plus large des socialisations du droit. La méfiance du Conseil d'Etat se justifie, en définitive, par le relativisme qui imprègne chaque ordre juridique et qui peut constituer un frein aux échanges juridiques. En effet, à chaque droit ses principes : « les normes juridiques contenues dans chaque droit diffèrent par leur source, leur mode d'élaboration, leur destinataire et leur autorité hiérarchique. Ces dissemblances interdisent de confondre leurs principes respectifs sous une dénomination uniforme et de rompre le lien filial qui relie chacun à son droit d'origine »⁷⁴³. Cette approche théorique ne semble pas toujours résister à la pratique.

B-2-2- La coexistence de principes communs⁷⁴⁴

En pratique, la séparation entre le droit communautaire et le droit interne n'est pas aussi tranchée et les limites clairement définies du champ d'application du droit communautaire ne sont pas totalement étanches. Dans la mesure où les deux ordres qui se superposent peuvent voir consacré les mêmes principes généraux du droit (homonymes ou synonymes) qu'ils s'utilisent chacun pour répondre à des exigences différentes, un risque de confusion peut naître de ce contexte à l'égard des justiciables.

En raison de l'influence grandissante du droit communautaire, il serait irréaliste de nier tout « effet de contagion »⁷⁴⁵ des principes généraux issus de ce système. Par exemple, la consécration en droit interne d'un principe général déjà présent en droit communautaire (ou bien l'inverse)⁷⁴⁶ fournira inévitablement à ce dernier une occasion d'étendre son influence. Il trouvera dans ce « clonage » une passerelle qui lui permettra d'émousser les limites de son champ d'application afin de renforcer son efficacité.

Cet effet de contagion peut encore être évité par le refus d'admettre en droit interne un principe commun au droit communautaire. Ceci explique que le juge administratif français répugne à opérer un tel mimétisme, notamment à propos du principe de sécurité juridique. Aussi, se montre-t-il particulièrement prudent. Sa démarche consiste à n'accueillir des

⁷⁴³ P. Morvan : Le principe de droit privé, Op Cit., n°447, p.404.

⁷⁴⁴ Cette expression doit être entendue comme visant les principes du droit interne ayant la même dénomination qu'en droit communautaire (principes dits homonymes ex. le principe de proportionnalité) même si leur contenu diffèrent ou encore les principes qui en droit interne n'ont pas exactement la même formulation mais qui expriment la même règle, le même contenu (principes dits synonymes ex. le principe du respect des droits acquis en droit public interne et le principe du respect de la confiance légitime en droit communautaire).

⁷⁴⁵ D'après l'expression de J.C. Bonichot : Le droit communautaire et le droit administratif français, AJDA, 1996, no spécial, p. 15 (p.19).

⁷⁴⁶ A cet égard, il serait intéressant d'observer si la conception communautaire du principe de sécurité juridique a eu des incidences sur la conception allemande qui est à l'origine de ce principe.

principes généraux du droit communautaire « que s'ils ne bouleversent pas l'ordre établi et s'insèrent sans trop de difficulté dans le corpus juridique existant »⁷⁴⁷.

La présence de deux principes généraux similaires au sein des deux ordres, comme c'est le cas avec le principe de proportionnalité⁷⁴⁸ ou plus récemment avec l'exigence de clarté de la loi pose encore un certain nombre d'interrogations. Il y a lieu, par exemple, de se demander si les principes généraux du droit communautaire s'ajoutent aux principes nationaux, ou au contraire s'ils s'y substituent ou même encore s'ils les infléchissent. La réponse à cette question, qui constitue un enjeu important, reste, cependant, en suspens car elle implique une analyse quantifiable du phénomène et du taux de pénétration des principes généraux communautaires au sein des principes nationaux similaires qui débordent le cadre de cette étude.

Enfin, un autre danger peut également résulter de la tentation d'uniformiser l'interprétation des principes du droit interne avec celle de leurs homologues communautaires⁷⁴⁹. L'aspiration à une telle unité aboutit à permettre au droit communautaire de s'affranchir définitivement de ses limites. Elle repose sur une confusion qui voudrait voir imposer un souci d'uniformité et de cohérence là où, justement. Ce souci n'a pas lieu d'être en raison de l'autonomie des systèmes en cause. L'interprétation communautaire de cette exigence, même divergente, prend le relais uniquement dans la sphère de ce droit. Par conséquent, les différences d'interprétation sont légalement justifiées et constituent un gage d'indépendance de droit et de juridictions.

⁷⁴⁷ Voir Y. Galmot : l'Apport des principes généraux du droit communautaire à la garantie des droits dans l'ordre juridique français, CDE 1997, n99-2, p.67 et s.

⁷⁴⁸ Le principe de proportionnalité qui a reçu valeur constitutionnelle, a pour objet d'obliger les autorités publiques à maintenir un certain équilibre entre l'atteinte avérée aux droits individuels Terer general au nom duquel cette atteinte est portée, cf. X. Phillippe : Le contrôle de minalite dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative, Economica, 1990.

⁷⁴⁹ M.Heers : la sécurité juridique en droit administratif français : vers une consécration du principe de confiance légitime ? Op Cit, p.966.

Conclusion du Chapitre I

En conséquence, si le principe de sécurité juridique venait à voir le jour dans l'ordonnancement, les applications multiples et contradictoires auxquelles il donne lieu en droit communautaire pourraient constituer un élément de perturbation du droit positif. Il est donc légitime de s'interroger sur l'opportunité d'une transposition d'un principe de sécurité juridique en droit interne⁷⁵⁰. A cet égard, il est intéressant de constater que la jurisprudence administrative, considérée en général comme la plus créative en raison de ses antécédents historiques, s'avère, plus que toute autre, hostile à la reconnaissance du principe de sécurité juridique et de ses corollaires. Certes, elle bénéficie du soutien du juge constitutionnel qui n'entend pas non plus fléchir sa position. En revanche, la position du juge judiciaire apparaît moins nette.

⁷⁵⁰ B.Pacteau : La sécurité juridique : un principe qui nous manque ? AJDA, 20 juin 1995.n°Spéc.p151.

Chapitre II : l'existence impossible du principe de sécurité juridique en théorie

Le constat de carence précédemment exposé montre que la sécurité juridique n'existe pas formellement en tant que « principe ». Cependant, il ne convainc pas de l'impossibilité d'assimiler la sécurité juridique à un principe. En effet, ce n'est pas parce qu'un principe n'existe pas qu'il ne peut, ni ne doit exister. Il nous faut donc démontrer que la sécurité juridique ne peut ni ne doit prétendre revêtir la dénomination de « principe de droit » en droit français interne⁷⁵¹. Cette qualification apparaît déjà erronée en droit communautaire, en droit suisse et en droit allemand où la notion de sécurité juridique consacrée comme telle se présente davantage comme une exigence déontologique que comme une norme juridique dont les particuliers tirent des droits précis qu'ils peuvent invoquer devant les tribunaux⁷⁵².

En outre, si le principe de sécurité juridique trouve sa raison d'être dans la tradition de ces systèmes⁷⁵³, force est de reconnaître que notre système n'a nul besoin d'un tel mécanisme. Ce prétendu principe répond à des préoccupations déjà présentes dans notre droit positif actuel qui pourrait à lui seul suffire pour lutter contre les formes réductibles d'insécurité juridique. Un principe de sécurité juridique paraît donc surabondant et risque par un usage dévoyé, d'aboutir, au mieux, à affaiblir la catégorie autonome des principes généraux du droit,

⁷⁵¹ - Sur la notion de principe à laquelle nous assimilons celle de principe général, de principe de droit ou de principe général du droit, voir notamment :

- **En droit privé**, cf. G. Del Vecchio : les principes généraux du droit, mélanges F. Geny, 1934, t. II, J. Boulanger : principes généraux du droit et droit positif, préc., J. Schmidt : essai sur la notion de principe juridique, contribution à l'étude des principes généraux du droit en droit positif français, thèse, Paris, 1955, Ph. Gerard : Droit, égalité, idéologie, contribution à l'étude critique des principes généraux du droit, publication des facultés universitaires de Saint-Louis, Bruxelles, 1981, M. de Bechillon : la notion de principe général en droit privé.

Presse universitaire d'Aix-Marseille, préf. B. SAINTOURENS, 1998, Coll. Laboratoire de théorie juridique P. Morvan : le principe de droit privé, Paris LGDJ, éd. Panthéon-Assas, 1999 : également R. Rodière : les principes généraux en droit privé français, RIDC, 1990, p. 366, B. OPPETIT : les « principes généraux » dans la jurisprudence de cassation, Rapport des entretiens de Nanterre des 17 et 18 mars 1989, JCP, éd. E, 1989, n°5, p. 12 et s., P. Sargos : les principes généraux du droit privé dans la jurisprudence de la cour de cassation : les garde-fous des excès de droit, JCP, éd. G, 2001, doct. I, 306, N. Molefessis : la notion de principe dans la jurisprudence de la cour de cassation, RTDCiv, 2001, p. 699, J. P. Gridel : la cour de cassation française et les principes généraux du droit privé, D. 2002, Chron. ? P. 228 et p. 345.

- **en droit public**, cf. B. Jeanneau : les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative, thèse, Paris, 1954, Letournour : les principes généraux du droit dans la jurisprudence du Conseil d'état, EDCE, 1951, p. 195, R. Chapus, de la valeur juridique des principes généraux du droit et autres règles jurisprudentielles en droit administratif, D. 1966, Chron. P. 99, voir aussi F. Moderne : légitimité des principes généraux et théorie du droit, RFDA 1999, P. 722, du même auteur : actualité des principes généraux du droit, in les règles et principes non-écrits en droit public, Paris, 2000, éd. Panthéon-Assas, (dir P. Avril et M. Verpaux), Coll. droit public, P. 47 et s.

⁷⁵² En droit communautaire, il a été observé que le principe général de sécurité juridique n'apparaissait pas comme un principe de droit à part entière mais plutôt comme une « directive de conduite dont la méconnaissance ne saurait, à elle seule, justifier l'imposition de sanction » : R. E. Papadopoulos, Principes généraux du droit et droit communautaire, origine et concrétisation, précité, p. 208, en Suisse, des auteurs affirment que la sécurité juridique ne constitue qu'une « exigence juridico-politique » (« Rechtspolitische Forderung ») qui s'adresse avant tout au législateur, idem en Allemagne où il s'agirait d'un « pur postulat sans conséquences juridiques précises » : S. Calmes : du principe de protection de la confiance légitime en droit allemand, communautaire et français, p. 112, Dalloz, coll. Bibliothèque de thèses, Op Cit.

⁷⁵³ V. sur ce point le rôle des principes dans la construction communautaire qui justifie leur développement et notamment celui du « principe de sécurité juridique » dans ce droit, p. 131s.

au pire, à bouleverser l'ensemble du système. Aussi, convient-il de prouver qu'intrinsèquement la notion de sécurité juridique ne peut aspirer à la nature de « principe général du droit » que les auteurs ont coutume de lui prêter. A l'instar de la jurisprudence, la doctrine est également peu scrupuleuse à l'égard du respect de la véritable définition du principe de droit ; elle « le mentionne instinctivement comme un vocable commode, ou s'en sert comme catégorie « fourre-tout »⁷⁵⁴.

Pour faire échec au principe de sécurité juridique,⁷⁵⁵ il faut vérifier si les critères communément admis des principes de droit⁷⁵⁶ s'appliquent en toute rigueur au principe revendiqué. Précisons que le terme « principe » s'entend d'une catégorie juridique à part entière, « élément de l'ordre juridique positif » et non d'un moyen permettant de simplifier la référence à un ensemble de règles⁷⁵⁷ (ex. les principes moraux, déontologiques ou philosophiques) ou d'une mesure abstraite de conduite⁷⁵⁸. Il désigne une norme qui impose l'obéissance par la contrainte et cet aspect doit être entendu strictement à chaque fois qu'il est fait état d'un nouveau principe.

Ainsi, on observe que le principe doctrinal de sécurité juridique ne répond pas aux critères à la fois formel, matériel et substantiel du principe en droit français. En cela, il trahit une réelle incapacité à endosser cette qualification et désigne donc un « faux principe »⁷⁵⁹.

En effet, pour accéder à la normativité, un principe doit d'abord être explicitement formulé⁷⁶⁰ ; Or, le critère formel tiré de la reconnaissance d'un principe de sécurité juridique

⁷⁵⁴ P. Morvan : le principe de droit privé, Paris, LGDJ 1999, préface J.-L. Souriaux, coll. Droit privé, éd. Panthéon-Assas, SP2C, P.63

⁷⁵⁵ S'il est contestable que la doctrine peut élaborer des principes nouveaux pouvant ensuite être accueillis en droit positif par la jurisprudence ou par le législateur, il n'est cependant pas dans notre propos de faire de ce point précis un élément de notre analyse. La question du rôle de la doctrine ainsi que le recensement des principes purement doctrinaux consacrés en droit positif ne permettent pas, en effet, d'étayer la démonstration qui consiste à écarter la qualification de principe appliquée au concept de sécurité juridique.

⁷⁵⁶ Précisons qu'il n'est pas question dans cette étude de revenir sur l'analyse de ces critères dégagés par la doctrine et que nous tiendrons pour acquis afin d'en observer les applications au regard du concept qui nous intéresse, sur les critères du principe de droit, cf. P. Morvan : le principe de droit privé, Paris, spéc., p.309 et s.

⁷⁵⁷ Cf. sur cette distinction, J. Boulange : principes généraux du droit et droit positif, in le droit privé au milieu du XXème siècle, Etudes offertes à G. Ripert, LGDJ, 1950, TL p.51, SP2C, p.55

⁷⁵⁸ B. Vitanyl : la signification de la « généralité » des principes de droit, RGDI 1976, p.537.

⁷⁵⁹ D'après l'expression employée par J. Boulanger : principes généraux du droit et droit positif, préc., p.63 : « Témoin, le faux principe : pas de nullité de mariage sans texte ».

⁷⁶⁰ N. Molfessis : la notion de principe dans la jurisprudence de la Cour de cassation, préc. spéc. p.701 : « l'existence même des principes, condition de leur invocation en jurisprudence et, a fortiori, de leur présence dans les visas des arrêts de la cour de cassation, suppose nécessairement qu'ils soient nommés et identifiés, sans quoi l'on ne saurait admettre qu'ils puissent être assimilés à une règle de droit au sens de l'article 604 du nouveau code de procédure civile ». en ce sens, J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Farbe-Magnan : traité de droit civil, introduction générale, LGDJ, 4^{ème} éd. 1994, n°229 : « quant aux principes généraux, ils ne peuvent être considérés comme une source de droit que dans la mesure où ils sont consacrés par la jurisprudence ».

en droit positif a été écarté par un procès-verbal de carence⁷⁶¹. La sécurité juridique ne compte ni parmi les principes « visés » par la cour de cassation, ni parmi les « principes généraux applicables même en l'absence de texte » dégagés par le Conseil d'Etat. Elle ne figure pas non plus parmi les différentes catégories de principes retenues par le Conseil constitutionnel.⁷⁶² Aucune de nos juridictions n'a donc jusqu'ici reconnu cette expression bien qu'elle soit fréquemment invoquée par les plaideurs. De plus, elle n'est pas non plus expressément consacrée par le législateur. Finalement, seule la doctrine et les plaideurs se réfèrent à la formulation *contra legem* de « principe de sécurité juridique ».

Toutefois, ce critère formel est à lui seul insuffisant pour caractériser un principe. L'indifférence des juges⁷⁶³ quant à la distinction entre un principe et une règle ordinaire (de droit ou non)⁷⁶⁴ en témoigne : « le verbe judiciaire n'est pas parole d'évangile et ne mérite pas qu'une confiance aveugle lui soit témoignée. Ni l'admission ni l'exclusion de principes ne sauraient être suspendues à l'emploi de formule inégalement réfléchies »⁷⁶⁵.

Par conséquent, le statut de « principe » dépend essentiellement des critères matériel et substantiel. Or, le principe de sécurité juridique sollicité par les matériels constitue l'élément fondamental de tout principe. Il résulte de leur caractère extratextuel⁷⁶⁶ et autonome qui exclut

⁷⁶¹ Pour certains auteurs, l'absence de qualification expresse ne suffit pas à ôter le caractère de « principe de droit » à la sécurité juridique, cf. E.Preveroudou: le principe de confiance légitime en droit public français, institut d'histoire constitutionnelle hellénique et de droit constitutionnel, études 8, droit et économie, P.N Sakkoulas, Athènes, 1998,p.84, cela semble signifier que certains principes n'ont pas besoin d'être reconnus pour exister et que, à l'inverse, ils ne peuvent voir leur nature de principe remise en cause, certes, mais il ne s'agit pas forcément de véritables « principes » normatifs. L'ensemble des critères mérite donc d'être analysé.

⁷⁶² Sur la question des « principes » du droit constitutionnel, dfp.377s.

⁷⁶³ Quel serait l'intérêt des principes s'ils devaient se confondre avec la loi ? Cela démontre que les principes sont bien extérieurs au droit écrit, en ce sens, R.RODIERE : les principes généraux du droit privé français, journées de la société de la législation comparée sur : « les principes généraux du droit ». RIDComp. N°Spécial, VOL.2 1980 p.309 SP2C.p.313 P.Morvan : le principe de droit privé , Op Cit, p.359.

⁷⁶⁴ N.Molfessis : le Conseil constitutionnel et le droit privé, Paris, LGDJ, 1997, p.457, n°572, l'auteur relève qu'« une étude des arrêts de la cour de cassation, concernant les principes généraux du droit, a ainsi montré que celle-ci ne prenait guère le soin de distinguer les Principes, des seules règles. Pourtant la différence, si elle n'est pas toujours aisée à mettre en Œuvre, doit être respectée, sous peine que la notion même de principe soit dénaturée. Dans a domaine, le Conseil constitutionnel ne déroge pas au constat précédent, ne s'étant jamais arrêté à des considérations qui, au total, demeurent doctrinales. Du même auteur : La notion de principe dans la jurisprudence de la Cour de cassation, RTDCiv. 2001, p.699, spé. p.701, où l'auteur précise la portée de cet amalgame.

-Sur la distinction entre principe et règle de droit cf. notamment D. BUREAU : Les sources Informelles du droit dans les relations privées internationales, thèse Paris II, 1992, n° 67, p.60.

⁷⁶⁵ P. Morvan : Le principe de droit privé, Op Cit, p.356.

⁷⁶⁶ P.Roubier : droits subjectifs et situations juridiques, Dalloz, 1963, p.243 : les « principes généraux du droit confèrent leur légitimité » à des situations juridiques « *extra legem* » : Ch.Eisenmann : juridiction et logique (selon les données du droit français), mélanges dédiés à G.MARTY, université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p.477, p.488, F.Ewald : droit du droit, Arch. phil di.Sirey.1986, t.31, le système juridique, p.245 spéc. P.256 : « la découvre dans le silence de la loi, ils sont comme le blanc entre les mots ».

toute dépendance à l'égard d'un texte. Le principe est par inscrit dans le corps du droit écrit, légal ou réglementaire »⁷⁶⁷.

Or, le soi-disant principe de sécurité juridique connaît, au contraire, une multitude de supports formels révélateurs d'une qualification usurpée. Il démontre ainsi sa défaillance à l'égard du critère matériel (**Section 1**). Sa capacité « déambulatoire » qui lui permet d'investir différentes branches du droit et qui pourrait encore lui restituer son statut de principe, fait également défaut. En second lieu, l'analyse du caractère substantiel qui permet de constater la généralité et la subsidiarité du « principe » envisagé conforte son absence de normativité (**Section 2**) et achève ainsi de démontrer l'impossible existence d'un principe de sécurité juridique.

Section 1 : La défaillance du critère matériel : preuve d'une dénomination usurpée

Pendant la seconde moitié du XXème siècle, les théoriciens du droit ont amorcé la réflexion selon laquelle l'absence de rattachement textuel d'une norme à une autre pouvait constituer un critère matériel des principes de droit⁷⁶⁸. La formule du Conseil d'Etat qui affirme l'existence de « principes généraux du droit applicables même en l'absence de texte » a contribué à mettre à jour cette caractéristique⁷⁶⁹. Celle-ci doit, aujourd'hui, être clairement établie car, à l'évidence, les principes se caractérisent par leur autonomie à l'égard des normes du droit positif qui les institue comme des normes extralégales.

⁷⁶⁷ P.Morvan : le principe de droit, Op Cit, p.378.

⁷⁶⁸ C J. Boulanger : Principes généraux du droit et droit positif, Op Cit, p.63 : « une autre erreur a été de croire qu'il n'y avait de principes que ceux qui pouvaient être rattachés à un texte ».

⁷⁶⁹ C.E, 26 octobre 1945, Aram, Rec., p.213, Sirey 1946, 3.1 concl. ODENT, Avant cette date, le Conseil d'Etat avait énoncé un certain nombre de principe sans les rattacher à un texte de loi ou réglementaire, par ex. : le principe du respect des droits de la défense dans le domaine disciplinaire dès 1903, le principe d'égalité devant la loi en 1913, le principe du secret du délibéré en 1922 ou le principe de séparation des pouvoirs en 1942..Cf. B.Genevois : les principes généraux droit administrative Egalement M. Letournour : 1 Conseil d'Etat, EDCE 1951, p. 19: B jurisprudence administrative, Sirey 196 la vine République, RDP 1960. O principes généraux du droit, RDP 1977 p.761, R.Chapus : de la valeur généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles du droit administratif, D.1966, CHRON.P.99.V.Voisset : la reconnaissance de l'existence des principes généraux du droit par le Conseil constitutionnel, JCP 1969 ? i.2290 bis, A.S.Mescheryakoff : la notion de principes généraux du droit dans la jurisprudence récente, AJDA 1976, p.596.

Un principe de droit se distingue des règles ordinaires parce qu'il est, par définition, son propre fondement. Il s'agit, en effet, d'une règle première⁷⁷⁰. Axiomatique⁷⁷¹. Pour cette raison, un prétendu principe qui posséderait d'autres fondements que lui-même trahirait une dépendance à l'égard d'autres règles qui le destituent de sa place première et qui l'amènerait à usurper sa qualité. C'est en cela que réside la défaillance du critère matériel des principes de droit appliqué au principe de sécurité juridique.

A l'évidence, le passage d'une notion de droit naturel (la sécurité juridique) à une prétendue norme de droit positif s'est, semble-t-il, opéré au détriment de l'autonomie du construire a posteriors, au moyen de règles de détail un principe qui en serait le fondement et qui, nécessairement, dépend de ces règles⁷⁷².

Certes, le soi-disant principe de sécurité juridique n'est officiellement énoncé nulle part. Toutefois, la possibilité large et variée qu'offre notre droit de le rattacher, avec ses expressions dérivées, aux prévisions d'un texte ou encore de principe impossible ou fictif. Seul un procès-verbal de carence qui établit une absence de filiation du « principe » plébiscité à l'égard des normes juridiques existantes, autoriserait à confirmer la qualification de principe à ce concept qui s'en prévaut⁷⁷³.

A ce titre, le prétendu principe de sécurité juridique trouve, non pas un, mais pléthore de normes d'investiture (**Paragraphe 1**). Il ne peut alors aspirer au statut de principe de droit ou de principe général du droit (sauf abus de langage). La présence de ces fondements légaux concurrents démontre l'existence dans notre droit positif de mécanismes spécifiques

⁷⁷⁰ B.Beignier : hiérarchie des normes et hiérarchie des valeurs. Les principes généraux du droit et la procédure civile, études offerts à P.Catalal, le droit privé français à la fin du XXème siècle, Litec, 2001, p.154 spéc.p154, spéc.p.155 : « les principes généraux du droit sont fondamentalement, au-dessus même et du droit français et donc du droit constitutionnel ».

⁷⁷¹ V. P.Morvan : le principe de droit privé, préc.p.46 : « le principe de droit ne peut être toute norme sans perdre sa raison d'être, qui est d'être premier.il n'est que s'il est premier », A.RODIERE : les principes généraux du droit français, RIDComp. Spécial, 1980, vol2.p.309, sur cette distinction entre règle de droit et principe : , J.Boulanger : Principes généraux du droit et droit positif, préc.p.51, spéc.p.56 D.Bureau : les sources informelles du droit dans les relations privées internationales ,préc p.60 n°67 : « ce qui marque la spécificité des principes c'est qu'il s'agit de propositions qu'elle énonce, les principes au contraires sont à l'origine d'un nombre indéterminé de prescriptions y trouvant leur support ».

⁷⁷² G.Del Vecchio : les principes généraux du droit, Op Cit.p.73

⁷⁷³ Contra D de Bechillon : qu'est-ce qu'une règle de Droit ?éd. Odile Jacob.1997 P.253 ; pour qui « il ne peut y avoir d'acte normatif autonome, les dix commandements ne sont normatifs qu'en tant qu'ils reposent eux-mêmes sur la norme, implicite mais certaine, selon laquelle la parole de Dieu est obligatoire.(...) toute norme repose sur une norme d'habitation ». Egalement H.Kelsen : Théorie pure du droit, (trad.Ch.Eisenmann), LGDJ. COLL La pensée juridique, 1962, 2D.1999 pp..12.235 : une norme n'est juridique qu'à condition de procéder d'une norme elle-même juridique : « on observera que les normes qui confèrent à un acte la signification d'acte de droit (...) sont-elles mêmes créés au moyen d'actes de droit et qu'à leur tours ces actes reçoivent leur signification juridique d'autres normes ».

alternatifs qui, traduisant des logiques et des préoccupations similaires à un principe de sécurité juridique, peuvent se révéler suffisants pour lutter contre l'insécurité juridique.

Enfin, le critère matériel du principe de droit est doublé d'un aspect moins évident. En raison de son autonomie à l'égard des textes légaux, un principe présente un caractère »déambulant », transversal, affranchi des contraintes textuelles, il peut ainsi sillonner librement les frontières des différentes branches du droit positif dès lors que son contenu se prête à cette démarche. Or, le caractère pluridisciplinaire du prétendu principe de sécurité juridique n'est pas sans limite. Il dévoile une incapacité concrète à investir notre droit positif et une aptitude irréaliste à investir tous les domaines juridiques à de fins fonctionnelles. Dès lors, le critère tiré du caractère « déambulatoire » n'est pas non plus en mesure de faire de la sécurité juridique un principe de droit (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : Les fondements plethoriques attribués au principe de sécurité juridique

L'autonomie d'un principe se traduit par l'impossibilité de le rattacher à un texte écrit en raison de sa primauté⁷⁷⁴ (*principia probant, non probantur*) : « le principe général du droit (...), ne trouve pas sa source dans la loi, c'est la loi qui y puise sa source »⁷⁷⁵. Or, il apparaît que si le principe doctrinal de sécurité juridique pouvait être admis dans le droit, d'innombrables fondements seraient susceptibles de le recevoir. Il importe de les exposer afin de convaincre que la sécurité juridique ne peut se voir conférer la qualification de principe dans l'ordonnement.

Cependant, une nuance doit être apportée selon qu'il s'agit de déterminer les fondements du prétendu principe de sécurité juridique en droit privé ou en droit public. En effet, il semble que ce « principe » tel qu'il est envisagé par ses partisans, soit étranger aux buts visés par le droit privé, car son champ d'application se prête davantage aux rapports de droit public néanmoins présent dans certaines branches du droit privé. S'il pouvait être admis, ce principe qui a pour finalité l'objectivité normative relèverait très certainement du droit public. Or, cette discipline connaît déjà de nombreuses règles présentant les mêmes finalités et

⁷⁷⁴ Il importe de préciser que ce caractère qui confère une nature « extra-textuelle » aux principes de droit intervient au stade de leur existence uniquement afin de déterminer leur nature. En revanche, les principes sont ensuite, pour leur validité, soumis à la hiérarchie des normes qui les inscrit dans un rapport de dépendance à l'égard des normes juridiques supérieures.

⁷⁷⁵ B.Beignier : Hiérarchie des normes et hiérarchie des valeurs, les principes généraux du droit et la procédure civile, Op Cit, p.169.

assurant de manière efficace les exigences qu'un principe de sécurité juridique prétend imposer.

Dès lors, on observe que les normes d'investiture d'un tel principe sont plus répandues dans les domaines dans lesquels celui-ci aurait vocation à s'appliquer. Ainsi, si le droit privé lui offre peu de supports (A), au contraire, les droits mixtes proposent une grande variété de règles susceptibles de justifier ce principe (B).

A- La rareté des fondements du principe de sécurité juridique en droit privé

Le droit privé présente une spécificité remarquable par rapport au principe de sécurité juridique. Selon la définition classique, le droit privé régit les rapports entre des particuliers entre eux⁷⁷⁶, c'est-à-dire les rapports entre sujets du système juridiquement égaux⁷⁷⁷. Or, les impératifs visant la fiabilité, la cohérence et la prévisibilité du système juridique et qui caractérisent le prétendu principe de sécurité juridique ne semblent pas concerner de manière directe la satisfaction des intérêts individuels. Dès lors, dans cette matière la question des fondements de ce principe potentiel se pose de manière particulière.

En effet, cette question ne se pose pas s'agissant du droit purement privé. Toutefois, il ne faut pas en déduire que dans cette matière le critère matériel est rempli. L'absence de fondement permettant de justifier l'éventuel principe de sécurité juridique en droit purement privé s'explique par le fait que ce principe ne trouve aucune application dans cette sphère. Il y serait étranger s'il devait être admis en droit positif (1). En revanche, les fondements pouvant être attribués à ce principe se font plus nombreux dès qu'il est question du contentieux de droit privé car celui-ci lui offre un ancrage (2). Cette distinction entre le droit privé et son contentieux est donc loin d'être artificielle.

1- Un principe étranger au droit purement privé

L'idée selon laquelle le principe de sécurité juridique pourrait s'appliquer directement dans les rapports de droit privé est erronée. Elle repose sur une conception laxiste du droit qui adhère au fantasme de voir se généraliser ce concept indépendamment et indifféremment du contenu que lui confère le support juridique qui lui a été dévolu (en l'occurrence celui de

⁷⁷⁶Cf. J.Ghestin et G.Goubeaux : Droit civil, introduction générale, 4ème éd., 1994, LGDJ, p 68, n°95 ; F.Terre : Introduction générale au droit, 4e éd., 1998, Précis DALLOZ, p.81, n°84. B.Starck, H.Roland et L.Boyer : Introduction au droit, 5ème ed. 2000, Litec, p.80, n°180.

⁷⁷⁷Cf. H.Kelsen : Théorie pure du droit, préc, p.276.

«principe»). Or, la sécurité juridique n'a ni le même sens, ni le même contenu lorsqu'elle se présente sous la forme d'un principe, d'un droit ou bien d'une simple préoccupation.

Cette logique volontariste procède d'une confusion manifeste entre la sécurité juridique stricto sensu, qui joue déjà un rôle fondamental dans cette sphère du droit (1-1) et le principe de sécurité juridique, qui, s'il venait à être consacré, ne pourrait concerner directement ces rapports égalitaires (horizontaux) mais plutôt ceux faisant intervenir les pouvoirs publics (verticaux) (1-2). Seule la sécurité juridique, qui est à la base de tous rapports fondés sur le droit, a vocation à être présente et à s'appliquer en droit purement privé contrairement au principe de sécurité juridique.

1-1: La sécurité juridique s'applique aux rapports horizontaux et verticaux

Le droit purement privé ne concerne pas les rapports entre l'Etat et ses sujets. Il ne vise que les rapports dits égalitaires (horizontaux) entre les justiciables. Seule la sécurité juridique stricto sensu est en mesure de s'affirmer au sein de ces rapports. Elle y est d'ailleurs garantie par une série importante de règles précises qui excluent l'intérêt d'un principe de sécurité juridique dans cette sphère du droit.

En effet, la sécurité juridique est incarnée par les règles qui assurent l'autorité de la chose jugée (art.1351 C.civ.), les règles de forclusion, de prescription, celles applicables en cas d'engagement vicié ou non tenu en matière contractuelle, celles relatives à l'autonomie de la volonté (ainsi l'adage *pacta sunt servanda*) et à la liberté contractuelle (art. 1134 C.civ.), celles qui préservent les intérêts des contractants en position d'intériorité (la théorie des vices du consentement, la rescision pour lésion, l'imprévision, les clauses abusives, les clauses léonines,...), celles applicables en matière de conflit de lois dans le temps ou dans l'espace, celles qui prévoient l'entrée en vigueur, la publicité et l'abrogation des règles de droit, celles qui régissent l'interprétation des règles de droit (art. 1156 C.civ et s.), celles qui règlent les contrariétés de jurisprudence (loi du 3 janvier 1979), celles applicables en matière de preuve, etc. La sécurité juridique constitue le facteur commun à cet ensemble de règles qui en est l'expression et dont elle forme la raison d'être. Elle est encore inhérente à la plupart des règles de droit applicables en matière de droit commercial⁷⁷⁸, de droit de la famille⁷⁷⁹, de droit des

⁷⁷⁸Par ex., les règles de publicité et les obligations comptables imposées au commerçant ; les obligations comptables doivent être assurées dans le respect de principes fondamentaux : le principe de l'évaluation séparée de l'actif et du passif, le principe de continuité de l'exploitation, de spécialisation des exercices et le principe de prudence. L'ensemble de ces principes tendent à assurer la sécurité juridique des contractants et des tiers cf.F.Dekeuwer-Defossz : Droit commercial, 2e éd., 1992, Montchrestien, coll. Domat Droit privé, p.172 et s., spéc. P.178.

sociétés, de régime matrimonial, de droit des obligations, de droit des successions, de droit des sûretés, etc.

Le droit privé a ainsi pour fondement la sécurité juridique et constitue un des domaines de prédilection de cette notion vers laquelle converge finalement l'ensemble des règles de droit. Son champ d'application est conçu largement et s'étend à tous les rapports entre individus. A ce titre, elle revêt un statut de règle de droit naturel qui, en tant que telle, est vouée à ne s'exprimer que par l'intermédiaire des règles de droit positif qu'elle initie. Or, c'est précisément à ce stade que la distinction entre sécurité juridique et principe juridique prend tout sens. La quête d'efficacité qui a inspiré le passage de cette valeur fondamentale à un « principe » a pour contrepartie de limiter le champ d'application de ce concept aux rapports « inégaux » opposant les producteurs de normes aux sujets de droit (verticaux).

1-2- Le principe de sécurité juridique se limite aux rapports verticaux

Si le principe de sécurité juridique qui vise la stabilité, la prévisibilité et la certitude du droit ne s'adresse pas directement aux personnes privées, dans ce cas, celles-ci ne pourront s'en prévaloir directement à l'encontre d'une autre personne privée. Le justiciable ne pourra que reprocher à son adversaire de ne pas avoir respecté les délais de prescription (donc la règle de droit en cause) ou d'avoir méconnu les dispositions de la loi soumise à la non-rétroactivité par exemple. En revanche, il ne pourra rapprocher directement à un particulier le fait que telle disposition méconnaît les exigences de clarté inhérentes au principe de sécurité juridique. En effet, les défaillances sanctionnées par ce « principe » ne peuvent incomber directement aux personnes privées mais seulement aux pouvoirs publics. Sauf à remettre en question l'autonomie de la volonté, ces exigences ne peuvent donc relever du droit privé au sens strict.

Le champ d'application d'un éventuel principe de sécurité juridique ne peut pénétrer la sphère du droit purement privé. Il contient un certain nombre d'obligations exclusivement à la charge de la puissance publique en vue d'assurer la sécurité du droit dans son ensemble et seulement indirectement celle des justiciables. Il faut donc reconnaître qu'en droit privé ; seules les exigences infiniment plus vastes de la sécurité juridique au sens large trouvent à

⁷⁷⁹L'ensemble des règles de publicité qui s'imposent lors de la formation du mariage ou lors de la dissolution du mariage ont pour vocation d'assurer la sécurité juridique à l'égard des tiers (ceux ayant un intérêt à empêcher le mariage, ceux ayant contracté avec l'un des époux avant l'accomplissement des formalités de publicité qui déterminent la dissolution du lien matrimonial ; cf. A.Benabet : Droit civil, la famille, 9ème éd., Litec, p.102s., p.291, n°350.

s'appliquer à travers les règles régissant les rapports entre particuliers. La sécurité juridique demeure, selon son acception traditionnelle, le fondement de l'ensemble des règles du droit positif mais elle ne connaît, en droit privé, aucune existence propre en dehors des dispositions qu'elle inspire.

Dans ce domaine, il ne peut donc être question d'un principe de sécurité juridique car cette notion y est cantonnée à son statut originel de loi naturelle qui l'institue définitivement comme valeur fondatrice et préoccupation latente. Sa nature n'est donc pas d'être une norme juridique et encore moins un principe. L'idée même d'un principe de sécurité juridique, tel qu'il est envisagé par la doctrine dans une acception moderne, s'épuise dans la sphère des rapports purement privés (des rapports d'égalité) qui ne lui donne aucun point d'ancrage, ni aucun rôle à jouer à l'égard des personnes privées puisque ses exigences ne les concernent pas de manière directe.

2- Un principe applicable au contentieux de droit privé

Le principe de sécurité juridique que la doctrine cherche à imposer dans notre droit n'apparaît pas complètement étranger au droit privé. Le contentieux de droit privé peut, en effet, lui faire une place. La récupération de ce principe potentiel par le contentieux de droit privé s'explique par la particularité de la notion de contentieux qui fait intervenir des règles non spécifiques au droit purement privé et, plus précisément, des règles communes à l'ensemble des branches du droit (par ex. les règles procédurales) (2-1). Cela signifie que le principe revendiqué pourrait éventuellement avoir vocation à s'y appliquer s'il était admis.

Le principe de sécurité juridique trouve ainsi un ancrage éventuel au sein du droit privé qui permet alors de vérifier s'il peut ou non s'agir d'une norme juridique autonome conformément au critère matériel des principes de droit. Or, la présence de règles spécifiques dans ce domaine se pose comme autant de fondements concurrents et exclusifs de ce principe (2-2).

2-1-La résurgence du principe de sécurité juridique dans le contentieux de droit privé

La possible intégration du principe de sécurité juridique dans la sphère du droit privé s'explique par la nature même du contentieux. La notion de contentieux renvoie, en effet, à des règles communes à l'ensemble des branches du droit. Elle n'est donc pas circonscrite au

droit privé et s'étend volontiers aux règles du droit du travail, du droit administratif, du droit pénal, du droit boursier, etc.

Cette mise en facteur traduit la présence de règles incontournables, voire de règles d'intérêt général qui, partant, font intervenir la puissance publique afin de les mettre en œuvre. Parmi ces règles figurent de nombreuses exigences également prévues par le principe de sécurité juridique. Ainsi, le contentieux réintroduit les rapports verticaux (« inégalitaires » au sens Kelsenien) qui permettent au principe de sécurité juridique d'être éventuellement applicable en marge du droit purement privé.

Par exemple, il existe un certain nombre de règles de droit privé pouvant se retrouver dans d'autres matières. Ainsi en est-il des règles de preuve ou de publicité qui ne constituent pas des spécificités du droit privé mais du contentieux y afférent. L'exemple des règles de conflit de lois dans le temps est, à ce titre, parfaitement topique. En effet, si l'exigence de stabilité du droit est une composante du droit privé, les règles qui en assurent le respect (notamment les règles du droit transitoire⁷⁸⁰) ne constituent pourtant pas des règles de pur droit privé⁷⁸¹. Elles ne s'adressent pas directement aux particuliers en vue d'assurer au maximum la satisfaction de leurs intérêts. Il s'agit de règles qui s'imposent au législateur comme aux particuliers dans toutes les disciplines juridiques en tant que règles d'organisation afin de régir le passage d'une loi à une autre. Le droit privé se contente de recevoir le contentieux qui s'y rapporte. Ces règles visent à aménager le cadre dans lequel les rapports privés vont pouvoir évoluer face à l'intervention d'une loi nouvelle, source de conflits potentiels ayant des incidences sur les situations juridiques des particuliers. Dès lors, le principe de sécurité juridique, à travers notamment l'exigence de stabilité qu'il contient, peut relever du contentieux de droit privé.

⁷⁸⁰ Par ex, l'article 2 du Code civil impose à la fois le principe de non-rétroactivité des lois et le principe de l'application immédiate de la loi nouvelle en matière légale ou l'article 1134 du Code civil fonde le principe de survie de la loi ancienne en matière contractuelle.

⁷⁸¹ La preuve en est qu'elles sont transposables dans les autres branches du droit : les règles du droit transitoire se retrouvent à l'identique en droit pénal, en droit du travail, en droit processuel, en droit administratif etc. En outre, les particuliers ne peuvent écarter l'application du principe de non-rétroactivité à leur profit par exemple. Par conséquent, le caractère d'ordre public des règles du droit transitoire démontre pleinement qu'elles n'ont pas la nature de règles de droit privé pouvant être supplétives de volonté (par ex. en matière contractuelle, en dépit du principe de survie de la loi ancienne, la loi nouvelle d'ordre public, d'une loi nouvelle expressément d'application immédiate ou d'une loi nouvelle concernant le statut légal). Cf. P.ROUBIER : Le droit transitoire, 2ème éd., Dalloz et Sirey, 1960.

2-2- La concurrence des règles propres au contentieux de droit privé

Si le principe de sécurité juridique qui s'intègre dans le contentieux de droit privé y était présent, il trouverait, parmi les règles juridiques dites communes à l'ensemble du droit, une multitude de fondements autonomes potentiels. Il s'agit, entre autres, de l'article 2 du Code civil français en ce qui concerne l'exigence de prévisibilité qu'il contient, de l'article 1351 du même Code pour illustrer l'un des aspects de l'exigence générale de stabilité ou encore de l'article 2262 du même code présent dans l'ensemble des disciplines du droit privé afin de renforcer cette même exigence. Le principe de sécurité juridique trouverait également appui dans l'article 1134 du Code civil : «Les Conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites». Ce texte consacre la théorie de l'autonomie de la volonté, théorie selon laquelle la volonté des parties au contrat vise également à assurer la stabilité contractuelle. Un bon nombre de règles s'inspire directement de ce texte qui permet d'assurer effectivement la prévisibilité des situations juridiques contractuelles indépendamment d'un principe de sécurité juridique. Il en est ainsi, par exemple, de la règle qui impose la survie de la loi ancienne, mise en évidence par le Doyen Roubier pour résoudre les conflits de lois dans le temps en matière de situations juridiques contractuelles en cours⁷⁸², ou encore de la règle selon laquelle le juge est tenu par les termes du contrat, sauf pour celui-ci à rechercher, au-delà des termes employés par les parties, la volonté réelle des contractants (également les articles 1^{er}, 1134, 1315 C.civ.,...).

Ces règles sont en effet destinées à assurer le caractère prévisible de l'exécution des contrats mais ne tendent pas à assurer directement «la bonne exécution des obligations ». Ce n'est, d'ailleurs, pas non plus la finalité d'un principe de sécurité juridique mais plutôt celle de «la sécurité juridique ». Dès lors, le principe doctrinal de sécurité juridique pourrait, s'il venait à être admis, être rattaché à cet ensemble de règles visant à préserver la stabilité des situations juridiques.

La jurisprudence européenne oblige également nos juridictions à tenir compte d'exigences dérivées de la sécurité juridique dans le contentieux de droit privé interne. Pour autant, comme en droit européen, l'intégration de ces nouveaux impératifs dans cette sphère s'effectue sur la base des dispositions spécifiques de la Convention (art. 6-1, art. 1 du protocole 1^{er}, principe de prééminence du droit, ...) et non sur la base d'un principe de sécurité juridique auquel ces règles pourraient servir d'appui. Cependant, en raison de son

⁷⁸²La règle de la survie de la loi ancienne pour les situations juridiques contractuelles en cours, repose sur le fondement de l'article 1134 C.civ. Cf. Cass. Com., 15 juin 1962, Sté Cabaud. C.Achard, Bull.

inutilité et de l'existence de ses règles concurrentes, la Cour européenne a choisi d'occulter ce principe⁷⁸³.

Par conséquent, le principe de sécurité juridique pourrait parfaitement relever du contentieux de droit privé dans lequel existe de nombreuses règles de droit positif agrémentées d'exigences du droit européen pouvant lui servir d'assise. Le critère matériel doit donc être écarté dans ce domaine. Ce constat se retrouve à propos de branches hybrides du droit interne touchant aussi bien au droit privé qu'au droit public. Elles offrent, de nouveau, une grande diversité de fondements potentiels au principe de sécurité juridique susceptible de s'y appliquer. Ces domaines concernent le droit processuel et le droit pénal.

B- La diversité des fondements du principe de sécurité juridique dans les matières mixtes

Le champ d'application du principe de sécurité juridique, indissociable du rapport à l'Etat (prestataire des obligations qu'il contient), pourrait sans difficulté investir les disciplines particulières qui font intervenir, en sus du droit privé, des rapports d'inégalité opposant «un individu habilité à la création ou à l'application d'une norme juridique et un individu que cette norme juridique oblige ou investit d'un droit»⁷⁸⁴. En effet, la présence du principe de sécurité juridique est envisageable dans les domaines faisant intervenir la puissance publique.

Toutefois, si le droit processuel (1) et le droit pénal (2) constituent des terrains propices à l'application éventuelle du principe de sécurité juridique, ces disciplines connaissant déjà de nombreuses règles visant à assurer le respect de la sécurité juridique et pouvant, à ce titre, servir de fondement au principe plébiscité. La défaillance du critère matériel qui dévoile la dépendance du principe de sécurité juridique à l'égard d'autres règles de droit est encore manifeste dans les matières mixtes empreintes de droit privé et de droit public.

1-Les fondements concurrents en droit processuel

Le droit processuel désigne classiquement «la branche du droit qui regroupe sur le plan scientifique et pratique, les divers aspects de la procédure, qu'elle soit civile, pénale,

⁷⁸³ Voir les développements consacrés à la jurisprudence de la CEDH.

⁷⁸⁴ C'est en ces termes que H.Kelsen définit le droit public : Théorie pure du droit, Op Cit. pp 166 et 276.

administrative voire disciplinaire, c'est-à-dire le droit du procès »⁷⁸⁵. Plus largement, il s'agit, comme le définit le Doyen Serge Guinchard, d'un droit commun du procès qui revêt aujourd'hui une dimension internationale⁷⁸⁶. Le champ de cette discipline n'étant pas limité à la sphère du droit privé⁷⁸⁷, le principe de sécurité juridique pourrait aisément s'y insérer. C'est d'ailleurs dans ce domaine précis que la Cour de Strasbourg a choisi de l'appliquer de manière restrictive à propos de l'obligation de respecter les délais de recours⁷⁸⁸.

Or, les exigences de ce principe en droit processuel peuvent être rattachées à des règles spécifiques en la matière. Cette affirmation peut être illustrée à travers deux exigences essentielles du principe de sécurité juridique en droit processuel. Outre les exigences déjà évoquées en première partie de cette étude et traduisant de manière générale la volonté d'instituer un principe de sécurité juridique au sein de l'organisation juridictionnelle⁷⁸⁹, les exigences processuelles relatives au droit d'agir en justice (1-1) ainsi qu'au droit à un procès d'une raisonnable (1-2) apparaissent directement liées à ce principe et peuvent lui assurer un fondement dans ce domaine.

1.1- Le droit d'agir en justice

En matière processuelle, le droit d'agir en justice apparaît comme l'un des aspects essentiels du principe de sécurité juridique. Autant dire que dans ce domaine le principe de sécurité juridique se confond quasiment avec ce droit.

Le droit d'agir en justice qui recouvre le « droit à un recours juridictionnel »⁷⁹⁰ (dit encore «droit au juge») désigne, de manière générale, le « droit pour toute personne physique

⁷⁸⁵ J.Vincent et S.Guinchard : Procédure civile, 26^{ème} éd., 2001, Précis Dalloz, n°11 ; L.Cadiet : Droit judiciaire privé, Litec, 3^e éd., p.12 et s. n°20. Sur le droit processuel en tant que science de la procédure, cf. H.Motulsky : Droit processuel, Montchrestien, 1973 ; R.Martin : Théorie générale du procès. Droit processuel, EJT, 1984, p.1 ; P.Labbee : Introduction au droit processuel, PUF, 1995, p.30 ; W.Baranes, M.-A.Frison-Roche et J.H.Robert : Pour le droit processuel, D. 1993, Chron.9.

⁷⁸⁶ S.Guinchard, M.Bandrach, X.Lagarde et M.Douchy : Droit processuel, Droit commun du procès, Précis Dalloz, 1^{ère} éd., 2001, p.1, n°1 et s., spéc., p.3, n°2 : le droit processuel est «le droit de ceux qui s'intéressent aux sources communes d'inspiration de tous les contentieux, à leurs fondements, aux principes du droit naturel qui s'imposent dans la conduite de tous les procès.

⁷⁸⁷ «Dans la mesure où l'organisation judiciaire concerne le fonctionnement d'un service public, elle se rattache aussi au droit public» : J.Ghestin et Goubeaux : Traité de droit civil, introduction générale, LGDJ, 4^e éd., 1994, p.73, n°101.

⁷⁸⁸ CEDH : 28 Octobre 1998, Perez de Rada Cavanilles c/Espagne, Rec.1998-VIII, p.3256, §44-45 ; CEDH : 10 juillet 2001, Tricard c/France, §29 (site internet de la CEDH).

⁷⁸⁹ - Par ex. l'obligation de motivation des décisions de justice, la prévisibilité des revirements de jurisprudence, la non-rétroactivité des arrêts de principe ou de revirement, la limitation des contradictions de jurisprudence, le respect du double degré de juridiction, ...p.98s.

⁷⁹⁰ D'après l'expression employée par Th.Renoux : Le droit au recours juridictionnel, JCP, éd.G, 1993, I, 3675.

ou moral, française ou étrangère d'accéder à la justice pour y faire valoir ses droits »⁷⁹¹. Il a été consacré par la Cour de Strasbourg sur la base de l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme qui énonce notamment le droit pour toute personne « à ce que sa cause soit entendue équitablement... »⁷⁹². Il repose également sur le fondement de l'article 13 de ce texte qui énonce le « droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale »⁷⁹³.

Ce droit est fréquemment associé au principe de sécurité juridique par les requérants pour qui « le principe de sécurité juridique est un élément essentiel du procès équitable »⁷⁹⁴. Il pourrait donc justifier l'application de ce principe en droit processuel.

En revanche, pour au moins un auteur, la reconnaissance d'un principe de sécurité juridique par le Conseil constitutionnel permettrait, inversement, d'en déduire un droit constitutionnel au recours⁷⁹⁵. Il est vrai, en effet, qu'en droit interne français « aucune disposition constitutionnelle ne fonde directement le droit d'agir en justice »⁷⁹⁶. Pour autant, même si aucun texte de droit positif interne ne l'énonce expressément, la protection du droit d'agir en justice est assurée par l'ensemble de nos juridictions⁷⁹⁷. En 1993, le juge constitutionnel a d'ailleurs admis qu'il s'agissait d'un droit fondamental et l'a, par la suite, rattaché à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme, lui conférant ainsi une assise constitutionnelle autonome⁷⁹⁸.

⁷⁹¹ L.Favoreu et Th.Renoux : Le contentieux constitutionnel des actes administratifs, Répertoire contentieux adm., Sirey, 1992, spéc. P.90 ; voir également M.Bandrac : L'action en justice, droit fondamental, Mélanges en l'honneur de R.Perrot, Dalloz, 1996, p.1 et s.

⁷⁹² Sur la question du droit d'agir en droit européen, cf J Vincent et S.Guinchard : Procédure civile 26ème édition 2001, DALLOZ.

⁷⁹³ Cf.CEDH : 21 février 1975, Golder c/Royaume-Uni, Série A, n°18, §36 ; CEDH : 9 décembre 1994, (affaire dite des Monastères grecs), Gaz. Pal. 28 Septembre 1995, note D.Worms. Le droit au recours juridictionnel a également été reconnu par le Cour de Luxembourg : cf. CJCE : 15 mai 1986, Marguerite Johnson, aff.222/84, Rec.p1651.

⁷⁹⁴ Article 13 CEDH : «Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale... ».

⁷⁹⁵ Cass. Crim., 21 mars 2000, Pourvoi n°97-84.628- Arr., Cédérom Lamy ; crim., 19 mars 1996, Pourquoi n°95-81. 733. Arr., Cédérom Lamy ; Cass. Civ..1, 18 janvier 2000, Pourvoi n°98-14.692, Cédérom Lamy ; Cass. Civ.1, 21 mars 2000, Pourvoi n°98-11.932, Bull. civ, arrêt n°583 : «Alors que tout justiciable a droit à un procès équitable ; (...) ; qu'en opposant à l'exposant, en cause d'appel, le revirement par lequel la jurisprudence distinguait à nouveau les deux actions en soumettant la garantie des vices cachés au bref délai, ce qui rendait irrecevable l'action de M.Le Collinet, la cour d'appel a méconnu le principe de sécurité juridique, violant ainsi l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales».

⁷⁹⁶ B.Mathieu : Pour une reconnaissance de «principes matriciels» en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme, D.1995, Chron. P.211.

⁷⁹⁷ J.Vincent et S.Guinchard : Procédure civile, 26ème éd., Précis Dalloz, coll. Droit privé, n°52 et n° 60.

⁷⁹⁸ - Cons. Const. N°93.335 DC du 21 janvier 1994, JCP éd. G, 1994, I, 3761, obs. Picard ; RFDCConst 1994, p.364, obs. F.Melin-Soucramanien ; Justices 1995, 1, p.204, obs. N.Moufessis.

Voir également Cass. Ass.plén., 30 Juin 1995, D.1995, p.513, concl. JEOL, note DRAGO : «La défense constitue pour toute personne un droit fondamental à caractère constitutionnel (...) son exercice effectif exige que soit assuré l'accès de chacun, avec l'assistance d'un défendeur, au juge chargé de statuer sur sa prétention».

En outre, l'ensemble des juridictions veille scrupuleusement au respect du caractère effectif de ce droit qui consiste en une réelle possibilité pour le justiciable de l'exercer. Le droit de disposer d'une voie de recours que le système a mis en place. Le droit français garantit ainsi l'égalité et la gratuité du service public de la justice. L'idée selon laquelle tous les justiciables ont un droit égal à titre jugé naturellement⁷⁹⁹ par les juridictions étatiques a également été consacrée par le Conseil constitutionnel qui y voit un principe « inclus dans le principe d'égalité devant la loi proclamée par la Déclaration des droits de l'homme de 1789 »⁸⁰⁰ dans son article 6. Dans cette logique, l'existence d'un système d'aide judiciaire permet de lever obstacles d'ordre matériel et financier à l'accès au juge des plus démunis ; de même que la mise en place de consultations juridiques gratuites pour permettre d'informer clairement les non-initiés.

1-2- Le droit à un procès d'une durée raisonnable

La fiabilité du droit recherchée à travers le principe de sécurité juridique s'étend également à celle du système judiciaire dans son ensemble. Celui-ci doit permettre au justiciable de saisir le juge mais également de voir trancher le conflit dont il est partie prenante dans un délai raisonnable⁸⁰¹. En effet, une durée⁸⁰² excessive fait perdre au litige tout son sens ; il rend le procès illusoire et entache la crédibilité de la justice⁸⁰³. A ce titre, le droit à un procès d'une durée raisonnable, proclamé par les textes internationaux⁸⁰⁴, constitue un autre aspect fondamental du principe de sécurité juridique en matière processuelle.

Cependant, il forme, là encore, une exigence autonome qui s'impose indépendamment de ce principe. Il peut également lui conférer une assise textuelle au même titre que d'autres

⁷⁹⁹ Sur l'idée d'un droit au juge naturel : Th.Renoux : Le droit au juge naturel, droit fondamental, RTDCiv 1993, p.33 ; également J.Vincent et S.Guinchard : Procédure civile, Op Cit, p.141s., n°149 s. : « tous les justiciables ont un droit égal à être jugé, naturellement, par ces juridictions (les tribunaux d'un Etat) puisqu'elles sont les mêmes pour tous ».

⁸⁰⁰ Sur le rejet de toute discrimination dans l'exercice du droit d'agir en justice : voir décision du 27 décembre 1973, Rec.CC., p.25 ; décision du 18 janvier 1985, D.1986, p.425, note Th, Renoux ; également décision de principe du 23 juillet 1975. Le Conseil d'Etat consacre également cette règle au titre des principes généraux du droit.

⁸⁰¹ Le caractère raisonnable de la durée du procès s'intègre parmi les composantes d'une justice accessible : « une justice accessible ne doit être ni couteuse, ni trop longue et ne doit pas être inhumaine » : J.Ribs : L'accès au droit, Libertés, Mélanges en l'honneur de J.Robert. Montchrestien, 1998, p.415.

⁸⁰² Sur la distinction entre durée et délai cf, B.Boulog : La durée des procédures : in délai enfin raisonnable ?, RSC, 2001, p.55, spéc.p.56 : « Un délai est un laps de temps laissé ou donné pour faire ou obtenir quelque chose, (...) En revanche, la durée c'est un espace de temps pendant lequel a lieu un événement ou un phénomène ».

⁸⁰³ Pour C.Beccaria, il était souhaitable que « la peine soit prompte et suive de près le délit, afin qu'elle soit juste et utile » : Traité des délits et des peines, Chapitre 19.

⁸⁰⁴ La source du droit d'être jugé dans un délai raisonnable se trouve notamment dans les articles 9§3 et 14 § 1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966. En matière civile, l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'Homme, « le point de départ de la période à considérer pour apprécier le caractère raisonnable de la durée d'une procédure civile est la date de l'assignation des requérants devant le Tribunal de grande instance, le terme étant la date du prononcé de l'arrêt de la Cour de cassation » ; CEDH : 20 février 1991, D.1991, Somm.333, obs. Renucci. En matière pénale, cf. l'article 5-3 de la Convention qui impose que la personne arrêtée et traduite devant un juge soit jugée dans un délai raisonnable ou libérée pendant la procédure.

règles d'investiture qui écartent alors le critère matériel permettant d'identifier un principe du fait de son caractère «extra-textuel».

En droit interne, si le droit à un procès d'une durée raisonnable n'est pas explicitement proclamé, il peut, néanmoins, être sanctionné sur la base de l'article L.781-1 alinéa 1^{er} du Code de l'organisation judiciaire permettant de mettre en cause la responsabilité de l'Etat pour dysfonctionnement du service public de la justice⁸⁰⁵. En effet, les délais anormaux de jugement peuvent être constitutifs d'une faute lourde à la charge de l'Etat⁸⁰⁶ qui n'a pas seulement pour devoir de sanctionner « les manquements du juge à sa raison » mais qui a également « un devoir de protection juridictionnelle de l'individu »⁸⁰⁷.

Par conséquent, l'obligation de respecter un délai raisonnable indissociable du principe de sécurité juridique est mise en œuvre sur le terrain de la responsabilité pour faute de la puissance publique qui pourrait encore justifier ce principe. Toutefois, cette obligation pourrait être améliorée de façon à permettre au justiciable de contraindre davantage le juge à l'observer, car bien que la nouvelle définition de la faute lourde incline dans ce sens en faisant peser une menace plus grande sur les magistrats, cette évolution demeure insuffisante. En effet, le schéma de l'article L.781-1 al. 1^{er} traduit le caractère effectif de la réparation au titre de l'inobservation de l'obligation de respecter une durée raisonnable du procès, mais il n'en demeure pas moins que l'obligation en tant que telle n'est pas rigoureusement mise en œuvre de manière à inciter le juge ou l'administration à la respecter pendant le déroulement de la procédure.

Concrètement, peu de règles imposant effectivement au juge, au cours du procès, de statuer dans un délai raisonnable⁸⁰⁸ en tenant compte de la date de l'assignation, de la

⁸⁰⁵ J.Vincent et S.Guinchard : Procédure civile, Op Cit, n°531 ; voir également J.Moreau : Ma responsabilité des magistrats et de l'Etat du fait de la justice, l'apport du droit administratif. Justices, n°5, 1997, p.39.

⁸⁰⁶ - TGI Pais, 6 juillet 1994, JCP 1994, I, 3805, n°2, obs. L, obs.Pradel.

⁸⁰⁷ - L.Favoreu : Du déni de justice en droit public française, thèse, LGDJ, 1964, spéc., p.534.

⁸⁰⁸ Certes, les pouvoirs du juge dans la conduite de l'instance se sont accrus. Le Code de procédure civile donne, par exemple, au juge «le pouvoir d'impartir les délais et d'ordonner les mesures nécessaires» ou encore confère au Premier président de la Cour d'appel le pouvoir de déléguer, dans les juridictions, les magistrats du siège de son ressort» lorsque le renforcement temporaire et immédiat des juridictions du premier degré apparaît indispensable pour assurer le traitement du contentieux dans un délai raisonnable» (art. L.221-1). De même, les injonctions 'de conclure, de communiquer les pièces) assorties le cas échéant d'astreintes ainsi qu'un certain nombre de dispositions du Code de procédure civile 'ex. les art. 763 à 772 concernant les procédures de mises en état des affaires) contribuent à faire juger l'affaire dans un «délai raisonnable». Mais il s'agit dans la plupart des cas d'un pouvoir souverain si ce n'est discrétionnaire 'ex. le refus d'une demande de révocation de l'ordonnance de clôture ou de renvoi à une audience ultérieure : art.784 NCPC, cf. Cass. Civ.3, 15 février 2000, Juris-Data n.000639) et donc limité, cf. S.Armani-Mekki : le temps et le procès civil, thèse Paris I, 2000 : Dalloz coll, Nouvelles de thèses.

- En matière pénale, il existe un certain nombre de mesures tendant au respect du droit d'être jugé dans un délai raisonnable et qui prévoient, notamment, de limiter la durée des procédures. Par exemple, dans le domaine des enquêtes de police, la loi du 23 juin 1999 a limité à huit jours la durée de l'enquête de flagrance 'art. 53 al2 C.pr.pén., cf. également l'art. 77-2). En matière d'information judiciaire, les art. 89-1 et 116 al.6 du C.pr. pen. Imposant au juge d'instruction, doit rendre une ordonnance motivée expliquant les raisons du non-achèvement de l'information. Au cours de la phrase de jugement des nouveautés ont été admises : l'art. 397-3 du C.pr.pén. comporte une réduction à un mois 'contre deux) pour prendre la décision au fond lorsque la personne a été placée en détention provisoire par le tribunal. Cf. B.Boulloc : La durée des procédures : un délai enfin raisonnable ?, RSC, 2001, p.55 et s. ; cf. également J.PRADEL : Procédure pénale, 2000, n°479 s., n°540 ; Stefani, Levasseur, Boulloc : Procédure pénale, 17^{ème} éd., n°726 à 737 et n°595.

complexité de l'affaire, du comportement du requérant ou de celui des autorités compétentes comme le prévoit la jurisprudence de la Cour de Strasbourg⁸⁰⁹ qui, d'ailleurs, n'a pas manqué de condamner la France, à maintes reprises, pour l'incurie de la justice ou de l'administration. Ces condamnations sont encore trop fréquentes.

2- Les fondements concurrents en droit pénal

En droit pénal, le principe de sécurité juridique pourrait être rattaché à diverses règles de droit. En effet, dans ce domaine, il se confond avec le principe de la nécessité de la loi matérialisé par le principe de légalité criminelle et ses corollaires (2-1). Pour autant, cette identité ne pourrait en aucun cas permettre au principe de sécurité juridique de remplacer ces règles du droit positif (2-2).

2-1- Le principe de légalité criminelle et ses corollaires

La matière répressive constitue une discipline autonome qui, bien que traditionnellement rattachée au droit privé⁸¹⁰, a pour enjeu l'intérêt général et les libertés. A ce titre, elle paraît parfaitement compatible avec le champ d'application du principe de sécurité juridique⁸¹¹. Le droit pénal fixe, en effet, les sanctions des contraventions, des délits et des crimes dont la répression intéresse particulièrement l'ordre social. L'ordre public refait alors surface à travers le droit criminel. Ainsi, même appliquées par les juridictions de l'ordre judiciaire, ces sanctions permettent à l'Etat d'affirmer son autorité par le biais du pouvoir d'incriminer et de sa mise en œuvre. Cette matière pourrait donc admettre le principe de sécurité juridique.

Cependant dans ce domaine la protection de la sécurité juridique déjà assurée par l'ensemble des règles existantes et qui pourraient alors servir de fondement au principe de sécurité juridique. En effet, concurremment à ce principe, la sûreté⁸¹² qui compte parmi les

⁸⁰⁹ - Sur l'appréciation in concerto du délai raisonnable par la Cour de Strasbourg cf. CEDH, 26 septembre 1996, JCP 1992, II, 21896, note Apostolidis à propos d'un malade atteint du Sida ; CEDH : 20 février 1991. D.1991, Somm.p.333, obs. RENUCCI sur la durée du procès qui s'entend à l'ensemble de la procédure depuis l'assignation jusqu'à l'arrêt rendu par une Cour suprême ; CEDH : 10 décembre 1992, Corigliano, Série A, n°57, § 52, sur les délais qui «accumulés et combinés» cessent d'être raisonnable. Voir également E.KRINGS : Le délai raisonnable à la lumière de la Cour de Strasbourg. Vers un droit substantiel à l'exécution des décisions de justice in M.-T.Caupain et G.De Leval (dir.). L'efficacité de la justice civile en Europe, Larcier, 2000, p.222.

⁸¹⁰ Sur les justifications de ce rattachement : R.Guillien : Droit public et droit privé, Mélanges BRETHE de la GRESSAYE, 1967, p.311, spéc., p.323.

⁸¹¹ En effet, historiquement, la sécurité juridique assimilée à la notion de sûreté visait essentiellement la matière répressive. Cft ITRE préliminaire de cette même partie.

⁸¹² B.Mathieu et M.Verpeaux : Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux, LGDJ, 2002, p.469 ; «la matière répressive est le domaine privilégié du principe de sécurité juridique, lequel apparaît alors sous la forme du principe de sûreté. La protection de la sécurité juridique est parfaitement assurée en matière répressive grâce au principe de sûreté... ».

droits naturels et imprescriptibles gravés dans la Déclaration des droits fondamentaux qui garantissent déjà le respect des exigences du principe de sécurité juridique en droit pénal sans que celui-ci ait besoin d'être consacré.

Néanmoins, le principe de l'égalité des délits et des peines⁸¹³ constitue le véritable pendant pénal du principe de sécurité juridique. Cette règle impose la préexistence d'une loi pénale : elle est une garantie élémentaire contre l'arbitraire des pouvoirs publics. L'arbitraire entendu comme « tout ce qui n'est pas prévu par la loi » mais qui désigne encore de manière large « les incertitudes excessives dans la réalisation du droit dans un système n'offrant pas de garantie de sécurité juridique suffisante à ses citoyens »⁸¹⁴. Ce principe, confirmé par l'article 66 de la Constitution au terme duquel « Nul ne peut être arbitrairement détenu », constitue une solide protection des citoyens contre les risques de débordement de pouvoir et contre l'insécurité juridique. A l'évidence, il formerait un support idéal au principe de sécurité juridique.

Toutefois, la protection que le principe de l'égalité met en œuvre est apparue, à certains égards, insuffisante. Il est vrai qu'il n'épuise pas le contenu du principe de sécurité juridique mais il est confiné à une exigence essentiellement formaliste : « la loi doit prévenir avant de punir ». Cependant, une fois exprimée, la règle de droit n'est pas forcément stable, accessible, intelligible, fiable, précise et cohérente. C'est pourquoi d'autres règles sont venues étoffer et compléter le principe de légalité. Ces règles pourraient également servir d'assise aux exigences du principe de sécurité juridique qui dans ce domaine dépassent le principe de légalité.

⁸¹³ Le principe de légalité des délits et des peines a été dégagé par les philosophes des lumières, notamment par Cesare Beccarian fondateur du droit pénal moderne, dans son opuscule intitulé : « Traité des délits et des peines » (1764). Ce principe a été pour la première fois mis en œuvre par les justices révolutionnaires à travers la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789. Le sens original du principe est purement formaliste, il s'attache à la préexistence d'une loi, au sens organique du terme. C'est ce qu'exprime l'article 5 de la Déclaration : « Tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas ». Mais également l'article 8 : « La loi ne doit établir des que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et l'également appliquée ». Ce principe est resté omniprésent dans notre droit pénal. Il fut timidement affirmé par l'article 4 du Code pénal de 1810 : « Nulle contravention, nul délit, nul crime, ne peuvent être punis de peines qui n'étaient pas prononcées par la loi avant qu'ils fussent commis ». Il est aujourd'hui contenu dans l'article 111-3 du nouveau Code pénal : « Nul ne peut être puni pour un crime ou pour un délit dont les éléments ne sont pas définis par le règlement. Nul ne peut être puni d'une peine qui n'est pas prévue par la loi, si l'infraction est un crime ou un délit, ou par un règlement, si l'infraction est une contravention ». Il signifie que l'Etat doit garantir et protéger les libertés individuelles du citoyen « contre » les atteintes injustifiées de l'Etat.

⁸¹⁴ A. Godon : Le principe de sécurité juridique en droit pénal, mémoire de D.E.A, 2001, dir. Y. Mayaud, Paris II, p.22. L'auteur définit l'arbitraire comme l'insécurité juridique.

Le principe de légalité criminelle a ainsi pour corollaire deux autres règles fondamentales auxquelles le principe de sécurité juridique pourrait encore être rattaché.

Tout d'abord, la non-rétroactivité des lois répressives issue de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen dispose que « Nul ne peut être puni en vertu d'une loi établie et promulguée antérieure au délit ». Cette règle qui se traduit par la non-application de la loi nouvelle à un comportement antérieur à son entrée en vigueur s'est, en la matière exclusivement, vue reconnaître une valeur constitutionnelle et a été renforcé par une interprétation du Conseil constitutionnel l'étendant « nécessairement à toute sanction ayant le caractère d'une punition même si le législateur a du devoir laisser le soin de la prononcer à une autorité de nature non judiciaire »⁸¹⁵. Elle constitue une garantie essentielle de prévisibilité du droit au même titre qu'un principe qui aurait vocation à assurer la sécurité du droit.

Ensuite, la règle de l'interprétation stricte de la loi pénale par le juge (art. 111-4 C.pén.)⁸¹⁶ conforte également l'exigence de prévisibilité en prohibant l'interprétation par analogie en matière répressive ; en cela, elle constitue le second corollaire du principe de légalité et une garantie essentielle des libertés individuelles.

2-2- L'hypothèse de l'absorption des règles de droit par le principe de sécurité juridique

Le principe de sécurité juridique devrait-il s'imposer en droit pénal pour permettre aux citoyens d'agir librement et de connaître ce qui est prohibé de manière effective ?

Cette interrogation paraît déconcertante dès lors qu'il existe un principe de même contenu qui rend inutile le principe de sécurité juridique en matière pénale. Le principe de légalité criminelle et le principe de sécurité juridique envisagé en matière pénale présentent à l'évidence une identité de contenu. Tous deux peuvent s'analyser comme une des expressions du concept d'Etat de droit impliquant que les organes de l'Etat doivent se soumettre aux règles qu'ils fixent. De même, « tous deux tendent, effectivement, à promouvoir et à protéger la même notion clef, celle de la prévisibilité du droit par le citoyen, condition pour que celui-

⁸¹⁵ Selon le Conseil, l'article 8 DDHC ne concerne pas seulement les peines appliquées par les juridictions répressives : Cons.const. n°82-155 DC, Rec.p.88.

⁸¹⁶ Cf. articles 7 et 8 DDHC, préc. Et également l'article 111-4 du nouveau Code pénal : « La loi pénale est d'interprétation stricte ». Art. 7 : « Nul ne peut être accusé, arrêté, ni détenu que dans des cas déterminés par la loi, et selon les formes qu'elle a prescrites. Ceux qui sollicitent, expédient, exécutent ou font exécuter des ordres arbitraires doivent être punis ; mais tout Citoyen appelé ou saisi en vertu de la loi doit obéir à l'instant : il se rend coupable par la résistance ».

ci puisse régler sa conduite en référence au droit, affranchi de toute entrave à sa liberté, libéré de l'incertitude »⁸¹⁷.

Malgré tout, un auteur soutient que le principe de l'égalité criminelle aurait, en réalité, été supplanté par « un nouveau principe maître de notre droit pénal moderne : le principe de sécurité juridique ». Celui-ci présenterait une plus grande utilité que son homologue : il serait même « plus contraignant pour l'Etat, plus exigeant et se substitue à celui, vieilli et insuffisant, de légalité criminelle »⁸¹⁸. Il serait un instrument de « défictivisation » de l'adage « nul n'est censé ignorer la loi », il ferait encore obligation au législateur de rendre le droit accessible et prévisible et celui-ci, ce faisant, s'efforcerait d'édicter un droit pénal correspondant à ce que le citoyen peut légitimement prévoir⁸¹⁹.

Or, cette analyse ne peut convaincre de l'insuffisance du principe de légalité. Il ne tient qu'au juge de découvrir à travers ce principe de nouvelles applications correspondant à l'évolution du droit. Certes, il impose que la loi soit exprimée. Néanmoins, son contenu ne s'arrête pas à cette simple expression, il semble évident que ce principe implique également le caractère clair, précis et surtout accessible de la loi exprimée car, à défaut, cette règle ne serait que pure fiction.

Par conséquent, le principe de sécurité juridique ne ferait qu'amputer le principe de légalité d'une partie d'un contenu qui mériterait d'être pleinement exploité. En cela, il présente le risque d'évincer les règles de droit applicables. Contrairement au principe de légalité, il contient bon nombre de contradictions qui nuisent à sa fiabilité et donc aux garanties des justiciables. Si le renforcement de la sécurité juridique ne nous semble pas représenter le moyen idéal pour y parvenir.

En outre, même si l'on admet que la sécurité juridique peut éventuellement revêtir la forme d'un principe de droit, comment expliquer que ce « principe » encore inexistant à ce jour en droit positif ait pu détrôner une règle n'ayant nullement été abolie. Par ailleurs, les lois ne tombent pas en désuétude et elles peuvent encore moins être écartées par des principes de légalité » ne peut donc être admises. Il est éventuellement possible de s'interroger, de manière hypothétique, sur la possibilité de substituer le principe de légalité par celui virtuel de sécurité juridique. En revanche, il ne paraît pas réaliste de conclure à une substitution effective, sauf à

⁸¹⁷ A.Godon : Le principe de sécurité juridique en droit pénal, mémoire de D.E.A, 2001, dir. Y.MAYAUD, Op Cit, p.3.

⁸¹⁸ Idem, p.4.

⁸¹⁹ Idem, pp. 26-28.

confondre de nouveau la sécurité juridique avec le principe du même nom qui pourtant, désigne des réalités juridiques différentes. Cela semble bien avoir été le cas⁸²⁰.

Enfin, peut-on encore admettre l'idée qui suggère de remplacer l'ensemble des dispositions fondées sur la sécurité juridique par le principe de sécurité juridique ?⁸²¹ Cette question confirme de nouveau la confusion précédemment évoquée. Or, le fait que la sécurité juridique soit indubitablement le fondement d'innombrables règles de droit positif (dont le principe de légalité) ne permet pas d'affirmer ces règles. Cette logique radicale qui tend à faire table rase des constructions empiriques, du poids de l'histoire et surtout qui aboutit à substituer aux normes juridiques existantes leur propre fondement, paraît dangereuse et irrationnelle. Elle est nécessairement source de bouleversements excessifs du droit positif. En effet, les fondements doivent demeurer tels car ils n'ont pas vocation à contraindre. Si le principe de sécurité juridique était consacré, il devrait être considéré comme une règle nouvelle s'ajoutant à l'ordonnement juridique et non comme une règle purificatrice venant absorber les règles existantes.

En définitive, les fondements potentiels applicables au principe de sécurité juridique et aux exigences qu'il est susceptible d'imposer en matière pénale ne manquent pas. Ainsi, ils écartent toute possibilité de voir qualifier ce concept de «principe de droit». Cette dénomination attribuée par la doctrine apparaît usurpée. Ce constat se vérifie également en droit public qui propose une multiplicité de fondements au prétendu principe de sécurité juridique.

Paragraphe 2 : La mobilité incertaine du principe de sécurité juridique

Un auteur a dégagé un second aspect du critère matériel des principes permettant de suppléer à la défaillance du critère tiré de l'extra-légalité. Ainsi, pour qu'une norme puisse encore prétendre à la qualification de « principe » il faudrait qu'elle présente un caractère dit « déambulatoire » ou mobile lui permettant d'investir l'ensemble des disciplines juridiques.

⁸²⁰ - Il n'est nullement fait état dans cette étude du «principe de sécurité juridique» pour illustrer le support du principe de légalité mais de la sécurité juridique en tant que souci, préoccupation, exigence, impératif ou objectif... Par exemple, l'auteur déclare : «c'est notamment à travers ces fondements que l'on retrouve que la préoccupation de sécurité juridique fait corps avec le principe de l'égalité et en constitue «ab initio» le pilier fondateur», ou encore : «le principe de particulièrement impérieuses en matière pénale» ou même «la sécurité juridique n'est-elle pas devenue le fondement de ce que l'on dénomme encore principe de légalité».

⁸²¹ Les trois fondements traditionnels du principe de légalité (le fondement politique : le contrat social ; le fondement fonctionnel : la fonction dissuasive ; le fondement institutionnel : la séparation des pouvoirs) reposant essentiellement sur la préoccupation de sécurité juridique. Dès lors, «la véritable consistance du principe de légalité n'aurait-elle pas dû être la sécurité juridique (...) ?» Cf, en ce sens, A.Godon : Le principe de sécurité juridique en droit pénal, Op Cit.

Contrairement au critère tiré de l'autonomie formelle des principes, celui tiré de leur mobilité n'est pas officiellement reconnu par la doctrine pour identifier un principe. Certains auteurs l'ont pourtant évoqué : « les principes généraux exprimeraient un ensemble de valeurs appelées à être mises en œuvre dans les multiples réseaux de règles particulières formant l'ordre juridique. Ils assureraient la cohérence juridique du système »⁸²². De même, « les normes qui traduisent les concepts fondamentaux du système de droit international, et qualifiées à ce titre avec justesse de principes généraux, sont le plus souvent susceptibles d'application universelle et tendent à l'universalité »⁸²³. Toutefois, ces analyses n'ont pas érigé cette caractéristique en critère.

Nous avons cependant choisi de vérifier ce critère requis de manière alternative par rapport au précédent afin de convaincre de l'impossibilité absolue d'admettre la sécurité juridique en tant que principe. Pour ce faire, il convient d'examiner si le prétendu principe de sécurité juridique présente ce caractère « déambulant » qui lui donne vocation à s'afficher dans les différentes branches du droit positif⁸²⁴ (en droit privé, en droit administratif, en droit constitutionnel mais encore en droit communautaire et en droit européen). Ce don d'ubiquité serait, selon celui qui a énoncé cette caractéristique, la conséquence de l'aura ou du « rayonnement » qui s'attache aux principes et qui leur permet ce franchissement de frontière.

En l'occurrence, le prétendu principe de sécurité juridique échappe à ce critère car il présente une mobilité fictive (A) correspondant aux stigmates du droit naturel. Ce critère semble également insuffisant pour permettre de remplacer le critère précédent qui apparaît comme essentiel à l'identification d'un principe. Il suffit pour s'en convaincre d'observer les conséquences d'une mobilité excessive en droit communautaire (B).

A-Une mobilité fictive

Le principe de sécurité juridique semble a priori en mesure de se mouvoir d'une discipline à l'autre du droit. En effet, son contenu large, extensif, et polysémique peut, sans grande difficulté, lui permettre d'investir l'ensemble des branches du droit dans lesquelles il serait question de rétablir la cohérence et la fiabilité du droit. Cette préoccupation étant présente au sein de toutes les disciplines juridiques et dans tous les systèmes juridiques, le principe de sécurité juridique pourrait s'appliquer partout. A cet égard, il a déjà été invoqué en

⁸²²P.Gerard : droit , égalité et idéologie, contribution à l'étude critique des principes généraux du droit, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1981, p.15.

⁸²³B.Vitanyl : la signification de la « généralité » des principes de droit, RGDI 1976, p.537.

⁸²⁴ Cf.P.Morvan : le principe de droit privé, Op Cit, p.397 et s.

droit social⁸²⁵, en droit pénal⁸²⁶, en droit commercial⁸²⁷, en droit de l'urbanisme⁸²⁸, en droit constitutionnel⁸²⁹, en droit administratif⁸³⁰ et bien entendu plus haut, en outre, divers fondements textuels ont pu lui être associés en droit administratif, en droit pénal, en droit processuel, en droit constitutionnel ainsi qu'en droit européen. Dès lors, le principe de sécurité juridique aurait la faculté de se mouvoir au sein des différentes disciplines juridiques.

Le critère « déambulatoire » ne peut s'apprécier que de manière concrète. Or, dans les faits, le principe de sécurité juridique ne présente pas ce caractère pluridisciplinaire. Seul le droit communautaire et, dans une certaine mesure, le droit européen Conventionnel ont, à ce jour, affirmé l'existence du principe de sécurité juridique. En revanche, aucune de nos juridictions ne l'a jusqu'à présent admis de manière explicite. Cette réalité constitue indéniablement un frein au caractère « déambulatoire » d'un tel principe et compromet son « rayonnement » effectif. Celui-ci apparaît d'autant plus compromis que la Cour européenne a d'ailleurs fait un pas en arrière concernant l'application de ce principe. Elle l'a progressivement limité au domaine des délais de recours puis supplanté dans les autres domaines par le principe de prééminence du droit et par les garanties de l'article 6-1 de la Convention européenne. La Cour européenne a donc considérablement réduit son « rayonnement ».

Par conséquent, il y a lieu de douter du caractère « déambulatoire » du principe de sécurité juridique. Certes. En théorie, il pourrait assurément être largement exploité dans tous les domaines du droit ainsi qu'au sein de tous les ordres juridiques. En revanche. En pratique, sa carence fait obstacle à son « rayonnement » qui, finalement, n'est que mirage. Le droit communautaire constitue le seul ordre juridique qui daigne exploiter la sécurité juridique sous la forme d'un principe général. Cet exemple est demeuré isolé. En droit français, à l'exception des matières soumises au droit communautaire n'a pas dépassé ses propres frontières, il n'est pas concevable de parler de mobilité à son égard. Il présente, en réalité, un caractère faussement « déambulatoire » en vue de faciliter son intrusion dans notre droit.

Enfin, il faut admettre qu'il n'est pas réellement possible de vérifier ce critère à l'égard d'un principe insistant. Néanmoins, l'extrapolation demeure possible. Ainsi, s'il pouvait être

⁸²⁵ Par ex. cass, soc.24 avril 2001, M.Terki, D2001, JURISP. COMM, p.2245

⁸²⁶ EX.Cass crim, 19 avril 2000, pourvoi n°99-80.871, arrêt N°2477.

⁸²⁷ CASS com, 20 novembre 1984, M.Cosson, pourvoi n°83-15.780 arrêt n°864, cédérom Lamy vol.I.

⁸²⁸ Par ex.C.E, Cect.29 novembre 1999, M.Laurent, Cédérom Lamy CECA, vol II.

⁸²⁹ Notamment, cons.const.déc n°97-391 DC du 7 novembre 1997, J.O du 11 novembre 1997, p.16390 AJDA 1997, p.969.

⁸³⁰ C.E, 27 octobre 2000, caisse de garantie des administrateurs judiciaires..., cédérom Lamy CECA VOL III.

admis, le principe de sécurité juridique serait apparemment un principe de droit public confiné à cette seule sphère du droit. En effet, nous avons constaté que ce prétendu principe ne pouvait être envisagé en droit purement privé à l'exception du contentieux de droit privé. Cette matière lui est donc fermée car elle exclut les rapports faisant intervenir la puissance publique (verticaux). Dès lors, la pluridisciplinarité de ce principe éventuel semble plus que douteuse.

En somme, soit l'inexistence du principe de sécurité juridique en droit français traduit l'absence de caractère « déambulatoire » de ce concept et lui dénie la nature de principe, soit elle empêche de vérifier le critère « déambulatoire » à l'égard de ce prétendu principe, dans ce cas, le raisonnement hypothétique et le refus de nos juridictions d'admettre un tel principe incline vers l'absence de portée migratoire de ce principe éventuel à propos duquel on ne peut qu'émettre des suppositions sur sa vocation à investir telle ou telle matière. Certes l'extrapolation ne peut se substituer au critère requis, toutefois celui-ci nous semble insuffisant pour constituer un critère déterminant.

B - Une mobilité excessive en droit communautaire

Le critère attaché au caractère « déambulatoire » des principes n'est, en soi, pas un critère déterminant. Il donne un indice sur la nature de principe d'une règle de droit en s'appuyant, pour cela, sur le « rayonnement » de ladite règle dans notre ordonnancement. Une règle serait un principe s'il peut être observé qu'elle se décline au sein des diverses branches du droit. Or, cette caractéristique peut encore révéler un faux principe par le biais d'un rayonnement excessif et donc non significatif. Il en résulte que si le critère « déambulatoire » ne peut permettre d'identifier un principe, il échoue nécessairement à démontrer que la sécurité juridique peut encore revêtir cette qualification.

Si « l'ambition ultime du principe déambulant est d'atteindre les limites du droit de ne plus se heurter à la moindre frontière, de n'être étranger à aucun ordre au contraire juridique⁸³¹, en revanche, sa présence outrancière dans tous les domaines du droit peut au contraire, traduire l'existence d'une norme fonctionnelle qui, en cela, s'oppose au principe. Les principes sont, en effet, par nature notionnels ; ils ne peuvent être assimilés à un expédient ou bien revêtir un caractère supplétif.

⁸³¹ P.Morvan : le principe de droit privé, Op Cit, p.427.

Ainsi, l'omniprésence d'une règle qualifiée de principe et qui fait l'objet d'une application excessive quel que soit l'ordonnement concerné, ne peut que lui dénier cette nature et cette qualification qui constitue alors une imposture.

C'est le cas de l'application qui est faite du principe de sécurité juridique en droit communautaire. Celui-ci s'illustre dans tous les domaines de cet ordonnement où il est largement appliqué en fonction des circonstances en cause (tantôt dans l'intérêt des justiciables, tantôt dans l'intérêt économique de l'Union). Cette présence excessive qui nous est apparue suspecte, offre un blanc-seing au juge communautaire et concède une large place à l'arbitraire juridictionnel. Or, cette application est incompatible avec le statut de principe qui ne se prête pas à cette dérive⁸³². Par conséquent, dans le système communautaire le principe de sécurité juridique constitue un principe fictif qui usurpe cette qualification. La mobilité de ce principe ne peut en aucun cas lui conférer cette qualification manifestement erronée.

La mobilité forme, en réalité, un élément qui permet, a posteriori, de compléter les critères décisifs des principes. En cela, elle se rapproche d'autres éléments qui, comme le caractère général des principes, ne constituent pas pour autant des critères déterminants.

Section 2 : La défaillance du critère substantiel : preuve d'une normativité incertaine

Après avoir écarté le critère formel⁸³³, puis le critère matériel, il convenait en dernier lieu de confronter le principe de sécurité juridique au critère substantiel des principes de droit.

Certes, bon nombre d'auteurs ont souligné que nul ne peut prétendre imposer une définition précise des principes de droit. C'est en cela que réside toute la difficulté de déterminer précisément ce critère. Cependant, nul ne conteste que les principes soient des normes juridiques qui, en tant que telles, s'imposent et font l'objet d'une sanction assurée par la puissance publique. C'est donc à travers la normativité, certes communes à l'ensemble des normes juridiques, qu'il convient d'observer le principe de sécurité juridique. A l'évidence, si ce principe est dépourvu de caractère normatif, il ne peut être assimilé à une norme juridique et encore moins à un principe de droit.

A cet égard, ce principe qui se caractérise par les nombreuses exigences qu'il cherche à rendre obligatoire, se révèle en réalité impuissant à les faire respecter. Il échappe, en raison

⁸³² En ce sens P.Morvan, p.463 et s.

⁸³³ CF.supra, l'inexistence du principe de sécurité juridique en droit positif, p.193s.

de sa nature spécifique emprunte de droit naturel, à la contrainte. Dénué de « juridicité », un principe ne peut prétendre à cette qualification. La sécurité juridique ne saurait donc investir ce statut, ni même encore celui de norme juridique ordinaire indissociable de la contrainte étatique.

Cette forme d'impunité est encore révélée par la généralité démesurée du principe de sécurité juridique qui dévoile une règle sans substance, réduite à l'insignifiance tant au niveau de son contenu qu'au niveau de sa portée. Cette généralité débordante prive le prétendu principe de sécurité juridique de toute ambition normative et empêche de le hisser au rang des principes de droit (**Paragraphe 1**).

Dans ce sens, la subsidiarité du principe de sécurité juridique corrobore le constat d'une normativité défailante. Conçu pour compléter ou suppléer les règles existantes, ce principe affiche une dépendance à l'égard d'autres normes juridiques alors que les principes de droit, par définition, se caractérisent par leur autonomie à l'égard des autres normes. Cet aspect déterminant du critère substantiel rejoint le critère matériel tiré de l'extra-légalité. Il s'agit alors de ne retenir que ceux qui s'en distinguent (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : La généralité du principe de sécurité juridique

La généralité apparaît comme l'une des caractéristiques les plus couramment attribuée aux normes juridiques⁸³⁴. Cette spécificité serait héritée de la conception rousseauiste de la loi comme une règle générale qui procède de la volonté elle-même générale et qui vise la protection de de l'intérêt général⁸³⁵. Elle serait une garantie d'égalité entre les sujets de droit et un gage de sécurité juridique⁸³⁶.

Cependant, les raisonnements consistant à voir dans la généralité du principe de sécurité juridique l'indice d'un éventuel principe du droit procèdent d'une confusion malheureuse et doivent être combattus au profit d'un critère plus précis. La généralité qui

⁸³⁴ J.L. AUBERT : Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil, Armand Colin, 9^e édition, 2002.

⁸³⁵ Sur la conception de la loi comme règle générale, P.L.Lucas : la loi, D.1964, p.197, J.Soubeyrol : la définition de la loi et la constitution de 1958, AJDA 1960, p.123, R.E Charlier : Vicissitudes de la loi, in Mélanges MAURY.P.305.

⁸³⁶ C.Atiás : quelle positivité ? Quelle notion de droit ?, APD 1982, N°27, p.215 : « dans la notion de droit la généralité à sa place... (elle) est à la fois facteur de prévisibilité, donc de liberté et d'une certaine égalité » contra D. de Bechillon : qu'est-ce qu'une règle de droit ?. Éd. Odile Jacob, 1997 p.19, spéc.p.21, pour qui « la généralité d'application d'une règle ne constitue pas une condition sine qua non de l'égalité des droits qu'elle établit ». également C LARROUMET : droit civil, introduction à l'étude du droit privé, Economica, 1995, t.i.p.16, l'auteur estime que la généralité constitue un « caractère douteux » de la règle, B.Mathieu : la loi, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 1996.

s'attache au principe de sécurité juridique ne suffit pas à justifier le statut de principe qui lui a été dévolu ; elle aboutit même à le lui contester. Cette caractéristique est, en effet, commune à l'ensemble des normes qu'il s'agisse de principes au non (A). De plus, si la généralité forme un indicateur de « juridicité », en revanche, l'excès de généralité qui s'attache notamment au concept étudié démontre son absence de normativité(B).

A- La contestation de la généralité comme critère d'un principe

D'après les théories classiques, les principes de droit se caractérisent, certes par leur nature jurisprudentielle, mais également par leur généralité. Ils sont d'ailleurs la plupart du temps désignés par l'expression « principes généraux » ou « principes généraux du droit ». En effet, selon les théoriciens. Ce caractère contrasterait avec le contenu limité des simples règles de droit⁸³⁷. Les principes généraux seraient « des propositions non écrites dont la généralité permet de soutenir une large série de solutions positives » ; dès lors, « la généralité du principe apparaît comme l'une de ses caractéristiques essentielles »⁸³⁸.

Or, cette acception des principes généraux à travers leur généralité mérite d'être reconsidérée car elle est, en pratique, source de confusions et d'inexactitudes. Le caractère tiré de la généralité du principe ne doit pas être considéré comme une qualité consubstantielle à cette catégorie spécifique de norme. En effet, comme jadis l'avait suggéré le Doyen Ripert⁸³⁹, le concept de généralité n'est pas suffisamment précis et distinctif pour en former un critère

⁸³⁷ Boulanger : Principes généraux du droit et droit positif, Op Cit.p.51.spéc.p.56: une règle juridique "est spéciale en ce qu'elle ne régit que tels actes ou tels faits, elle est édictée en vue d'une situation juridique déterminée. Un principe, au contraire, est général en ce qu'il comporte une série indéfinie d'application" J.L.Bergel ; Théorie générale du droit, 2^{éd}, Dalloz, coll, Méthodes du droit, 1989, n°75 , p.91. dans le même sens: D.BUREAU: les sources informelles du droit dans les relations privées internationales, thèse Paris II, 1992, p.60 n°67 et s.: "alors que le contenu de la règle est limité à la seule prescription qu'elle énonce, les principes au contraire sont à l'origine d'un nombre indéterminé de prescription y trouvant leur support": A.Jeammaud: les principes dans le droit français du travail, Dr.soc.1982, p.618 spéc.p.623, J.Gestin, G.Goubeaux, M.Fabre-Magnan : Traité de droit civil, introduction générale, LGDJ, 4^{éd}.1994, N°492,p.461, M.de Bechillon : la notion de principe général en droit privé, préc.

-sur le couple « règles-principes » df., R.Dworkin : Talking rights seriously, Londres, Duckworth, 1977, (trad. En français : prendre les droits au sérieux, PUF, 1995), du même auteur : Law's Empire, Harvard UP1986 (trad. En français : l'empire du droit, PUF, 1993). Pour cet auteur, le « principe » est une proposition juridique non nécessairement écrite qui ne se rattache pas à un ensemble de faits spécifiques, qui donne des orientations générales, des directives auxquelles le droit positif doit se conformer, et qui traduit une exigence d'équité, de justice ou de morale : la « règle », en revanche, énonce une solution précise, pour des faits déterminés, et elle s'applique sur le mode du tout ou rien. Si les principes supportent les antinomies et préconisent la conciliation, il n'en va pas de même pour les règles qui n'offrent aucune possibilité de transiger.

⁸³⁸ Cf. D.Bureau : les sources informelles du droit dans les relations privées internationales, Op Cit, p.60.

⁸³⁹ G.Ripert : les forces créatrices du droit, LGDJ, 1955, chapitre IV,2, p.329-330 : « si le principe a été formulé par le législateur, il est une règle juridique d'une large portée d'application, mais qui est de même nature que les autres, donc n'a pas de supériorité sur telle autre loi positive. S'il n'a pas été formulé, il est découvert par l'analyse des règles qui en procèdent, il ne peut donc être supérieur à ces règles puisqu'il découle d'elles ».

déterminant et permettre de « discerner avec certitude un principe de son contraire »⁸⁴⁰. A ce titre, la théorie du droit classique enseigne que la généralité constitue une caractéristique essentielle à toutes les normes juridiques, y compris les règles dérogatoires ou les règles interprétatives qui relèvent davantage de la technique juridique. Cette spécificité ne concerne donc pas seulement les principes.

Boulanger avait d'ailleurs esquissé une objection décisive au critère de la généralité des principes : « le propre d'une règle juridique est d'être générale, et c'est sa généralité qui spécifie un principe. Si donc la règle juridique et le principe ont en commun le caractère de généralité, on ne voit pas pourquoi ni comment on les distinguerait ». Cependant, il s'est finalement rangé à ce critère : « la généralité de la règle de droit ne doit pas s'entendre de la même manière que la généralité d'un principe »⁸⁴¹.

Ainsi, en identifiant les principes par leur généralité, les théoriciens distinguent deux types de généralités : celle inhérente à l'ensemble des règles de droit et celle, de protégée supérieure (« généralité du deuxième type »)⁸⁴², qui permet de caractériser plus particulièrement un principe général du droit. Ils prétendent, en substance, que les normes juridiques sont des règles générales et que les principes généraux se caractérisent par leur généralité. L'idée qui sous-tend cette tautologie repose sur le fait que tous les principes sont des règles de droit.

En revanche, toutes les règles de droit ne sont pas des principes. Or, on ne peut véritablement distinguer un sous-ensemble par des caractéristiques déjà communes à l'ensemble dont il fait partie intégrante. D'ailleurs, en pratique, cette distinction de la généralité en fonction de l'objet auquel elle s'applique (règle de droit ou principe) est impossible à mettre en œuvre de manière claire. Boulanger lui-même n'est pas parvenu à sortir de ce verbalisme : « une règle juridique est générale en ce qu'elle est établie pour un nombre

⁸⁴⁰P.MORVAN : le principe de droit privé, Op Cit, p.280 et s. pour qui la généralité est un critère inutile et stérile. A titre d'exemple, cf. la définition de M.Virally qui ne distingue pas le principe d'une règle de droit ordinaire : le rôle des « principe » dans le développement du droit international, recueil d'études en hommage à P.Guggenheim, faculté de droit de l'université de Genève, 1968, p.531, spéc p.556 : « les principes restant synonymes de règles juridiques abstraites, fournissent les bases d'un régime juridique susceptible de s'appliquer à de multiples situations concrètes, soit pour les réglementer de façon permanente, soit pour résoudre les difficultés qu'elles font naître ».

⁸⁴¹J.Boulanger : Principes généraux du droit et droit positif, Op Cit, p.55.

⁸⁴²Les règles dites spéciales, au sens dérogatoires, si elles concernent des hypothèses plus limitées (ex. une catégorie limitée de personne), n'en conservent pas moins leur généralité en ce qu'elles ont toujours vocation à s'appliquer à toutes personnes appartenant à la catégorie considérée, et surtout en ce que toute personne dans cette catégorie y sera irrémédiablement soumise. Dans ce sens, sur la portée relative de la généralité de la règle de droit : J.L Aubert : introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil, Op Cit, p.6-7.

indéterminé d'actes ou de faits (...). Un principe, au contraire, est général en ce qu'il comporte une série infinie d'application »⁸⁴³. L'adverbe au contraire ne permet pas vraiment de cerner une différence évidente de nature entre règle et principe⁸⁴⁴. D'autant plus que les principes et leur application dépendent finalement de ceux qui les créent⁸⁴⁵.

L'affirmation selon laquelle les principes généraux se caractérisent par leur généralité constitue une formule malheureuse car certains principes ne sont pas nécessairement des normes générales⁸⁴⁶. En raison de cette imprécision fondamentale, les règles ordinaires et les principes apparaissent à bien des égards interchangeables et le juge se fait volontiers l'écho de cet amalgame.⁸⁴⁷ Il est ainsi fréquent de trouver dans notre droit des normes que la jurisprudence a, par erreur ou pour plus de solennité⁸⁴⁸, qualifié de principe de droit justement parce que ce caractère relève de l'approximation et prête à confusion. Ce désordre créé par l'application de ce critère pris comme élément essentiel des principes révèle en réalité que ce dernier est impropre à distinguer un principe d'une règle de droit ordinaire. Partant, il entretient un abus de langage préjudiciable à la catégorie des principes et qui, de surcroît, « ruine leur autorité »⁸⁴⁹.

Dès lors que l'ensemble des règles de droit emprunte la généralité comme trait de caractère commun, il faut renoncer à l'associer aux principes de droit comme une spécificité.

⁸⁴³ J.Boulanger : principes généraux du droit et droit positif, Op Cit, p55.

⁸⁴⁴ Cf. par ex.H.Batiffol : analogie et relations entre raisonnements sur les principes et raisonnements sur les fins, mélanges R.Vander Elst, éd. Némésis, 1986, LI, p.46, spéc. P.57 : « si la règle de droit se présente comme générale par rapport aux faits et aux actes qu'elle régit, elle constitue à son tour un élément particulier dans lequel on peut retrouver les caractéristiques d'une norme plus générales ».

⁸⁴⁵ J.Boulanger : principes généraux du droit et droit positif, préc. Dans le même sens : J.P Gridel : la cour de cassation française et les principes généraux du droit privé.D.2002, Chron.p.228 : « la généralité d'un principe est différente de celle d'une règle, en ce sens que cette dernière s'applique à toutes les situations qu'elle définit, tandis que le principe trouve à être mis en œuvre à travers des types de situations juridiques parfois fort différentes, sans qu'il figure nécessairement dans un texte qui leur soit propre ». De même B.Jeanneau : les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative, préf. J.Rivero, Sirey.1954, p.242 : le « principe est général » car il « s'applique à une série indéfinie de situations ».

⁸⁴⁶ Le doyen Ripert avait d'ailleurs dénoncé ce critère de la généralité dans son ouvrage « les forces créatrices du droit », LGDJ, 1955, Chapitre VI, N°132S. Mais cette critique n'a, semble-t-il, pas eu d'écho.

⁸⁴⁷ P.Morvan : le principe de droit privé, Op Cit, p.282 : « comme l'écrit Ripert, c'est le technicien qui crée le principe entendu comme règle générale puisque lui seul délimite la prétendue série indéfinie d'applications qu'engendre, aux dires de Boulanger, le principe ».

⁸⁴⁸ V. l'exemple de certains principes généraux élaborés par le Conseil d'état dans la thèse de P.Morvan, Idem, p.287.

⁸⁴⁹ Cf.N.Molfessis : la notion de principe dans la jurisprudence de la cour de cassation, RTDCiv.2001, p.699, spéc. 700-701 : « loin de porter une attention méticuleuse à la distinction des termes employés, les arrêts ne semblent pas toujours soucieux de la distinction, sous cet aspect, l'arrêt précité du 9 janvier 2001 (soc.9 janvier 2001, Bull.civ.V,n°237, p186) fera figure de révélateur : la chambre sociale vise ici « la règle selon laquelle les frais professionnels engagés par le salarié doivent être supportés par l'employeur, elle n'hésite pas à qualifier la même disposition de principe général (soc.25 fév.1998 Bull.civ. V.N°106, p..77)... » Dans le même sens : P.Morvan : le principe de droit privé, Op Cit, p.349.

Le concept de généralité « aveugle la perception du phénomène des principes et condamne tout espoir d'en rendre fidèlement compte »⁸⁵⁰. Il est d'ailleurs impropre à constituer le critère substantiel et décisif de la règle de droit elle-même⁸⁵¹ puisqu'il existe des lois à portée individuelle⁸⁵². En effet, comme le souligne un auteur, « nul n'a jamais pu démontrer que la nature des normes soit d'être générales, car il n'existe aucun argument convaincant pour parvenir à ce résultat »⁸⁵³.

Plus que général, le principe est surtout transversal (« déambulatoire »). Son caractère « extra-légal » lui permet de se généraliser, de se muer sans contrainte légale d'une branche à l'autre du droit chaque fois que son contenu s'y prête. C'est à ce caractère que les auteurs font, en fait, référence lorsqu'ils identifient un principe par le fait que l'on « peut en tirer des applications en nombre illimité »⁸⁵⁴. Il convient donc, pour distinguer un principe d'une règle ordinaire, de s'affranchir du critère de la généralité et de s'en tenir au critère matériel tiré de l'extra-légalité du principe qui a été écarté à propos du prétendu principe de sécurité juridique en raison des nombreuses dispositions juridiques susceptibles de l'instituer.

Tout au plus, peut-on admettre au titre du critère substantiel du principe « qu'un minimum de fermeté est nécessaire à sa notion »⁸⁵⁵. Comme l'affirme un auteur, « il n'y a pas de principe d'égalité, notion trop polymorphe et inconsistante (...). On est enclin à dire la même chose à propos d'un éventuel principe de proportionnalité, lequel change de signification au gré de ses multiples manifestations proposées, ainsi qu'à douter de la portée de l'impératif de sécurité juridique »⁸⁵⁶. Cette caractéristique qui soumet la reconnaissance

⁸⁵⁰ A propos du Conseil constitutionnel qui utilise le terme principe au lieu de celui de règle pour solenniser la matière, cf. G.Vedel et P.DelVolve : droit administratif, PUF, coll.Thémis, 12^e éd.1992, t1, p.479.

⁸⁵¹ Également : J.L Aubert : introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil, 7^eéd, A.COLIN, 1998, p.6-7 : n°8-9 : la règle de droit à un caractère général. « c'est exact mais cela ne permet pas de la distinguer des autres règles qui gouvernent la vie sociale.(...). Cela ne peut surprendre » : ce caractère est dans la nature de la notion même de règle, c'est-à-dire de toute prescription qui prétend s'appliquer à un groupe d'individus.(...) la généralité de la règle de droit ne doit pas constituer le critère décisif ».

⁸⁵² En effet, les lois de validation qui portent sur des décisions administratives à portée individuelles deviennent, de fait, des lois à portée individuelles puisque la validation transforme en loi l'acte procédant, il ne peut donc être supérieur à ces règles puisqu'il découle d'elles ».

⁸⁵³ D. Debechillon : qu'est-ce qu'une règle de droit, Op Cit.p.19.

⁸⁵⁴ R. Roidier : les principes généraux du droit français, RIDCopr., n° spécial, 1980, vol.2, p.309, Op Cit, p310.

⁸⁵⁵ J.P.Gridel : la cour de cassation française et les principes généraux du droit privé, D 2002 ? Chron p.228, spéc p.229. Également P.Morvan : le principe de droit privé, préc, p.291 : « il est nécessaire de rejeter la qualification de principe lorsqu'elle se trouve associée à un concept trop abstrait, non concrétisé dans une matière donnée. Le risque qu'il est impérieux de conjurer en ce cas est d'assister à la multiplication comme en droit international public, de principes si généraux et abstraits qu'ils ne jouissent plus de la moindre vigueur normative ».

⁸⁵⁶ J.P.Gridel : la cour de cassation française et les principes généraux du droit privé, Op Cit, p.229.

d'un nouveau principe à une exigence de rigueur, de clarté et surtout de bon sens apparaît bien plus pertinente que celle découlant de la généralité.

Si la généralité ne peut être un critère déterminant des principes, en revanche, le degré de généralité du prétendu principe de sécurité juridique fait apparaître son incapacité à être sanctionné. L'excès de généralité forme ainsi un critère de l'absence de normativité.

B- La contestation de la normativité par une généralité excessive

Le principe de sécurité juridique, qui rappelons-le n'est rien de plus qu'une loi naturelle dissimulée sous un habit normatif dans l'attente d'une éventuelle consécration, se caractérise par sa généralité immodérée qui ajoute à la confusion précédemment évoquée. En effet, si la généralité commune à toutes les règles de droit n'est, en soi, pas un critère déterminant, pourrait-il encore en être autrement d'un degré particulièrement élevé de généralité ?

Pour certains auteurs, le principe de droit se caractérise par son degré de généralité qui, par lui-même, emporte de nombreuses conséquences : il s'agit d'« une norme de portée très générale qui traduit une conception fondamentale d'un système de droit, et remplit, par conséquent, une fonction constitutive dans l'ordre juridique donné »⁸⁵⁷.

Cependant, là encore, il faut renoncer à retenir cet élément comme critère décisif. Il oblige, d'une part, à examiner la portée d'un critère qui, comme le notait naguère Norberto BOBBIO, est largement relatif⁸⁵⁸ alors que les principes présentent, au contraire, une nature fixe et permanente. D'autre part, il se trouve que les « principes généraux » sont de moins en moins « généraux » sur ce point, un auteur fait observer qu'ils coïncident des catégories de personnes de plus en plus réduites et de plus en plus autonomes (les femmes enceintes, les étrangers demandeurs d'asile ou passible d'extraction, les fonctionnaires outre-mer, les avocats, etc.)⁸⁵⁹. Ainsi, présenter les principes de droit comme des normes présentant un degré de généralité important apparaît peu réaliste puisque cela aboutit à nier qu'un principe puisse être totalement dénué de généralité ou qu'une règle ordinaire puisse présenter un degré de généralité élevé.

⁸⁵⁷ B. Vitanyl : la signification de la « généralité » des principes de droit, RGDI 1976, Op Cit, p.538.

⁸⁵⁸ N. Bobbio : principi generali di diritto, in contributi ad un dizionario giuridico, Giuffrè, Mila 1994. Pour cet auteur, le « généralité » du principe est toute relative dans la mesure où la norme peut être considérée comme générale par rapport à une autre norme plus spécifique, e norma specifica rispetto a una norma più generale »).

⁸⁵⁹ D. de Bechillon : qu'est-ce qu'une règle de droit ?, Op Cit, p.30.

Dès lors, le degré de généralité est également un critère indifférent. L'ambiguïté, qui autorise, de manière hâtive, à assimiler les règles pourvues d'une généralité débordante à un principe, mérite d'être dénoncée. L'exemple du droit communautaire est, à l'égard du principe qui nous occupe, parfaitement éloquent. L'excès de généralité qui s'attache à la notion de sécurité juridique a permis d'ériger ce concept en principe général du droit communautaire et de conférer au juge de Luxembourg un pouvoir d'appréciation quasi illimité, comme le montre notre analyse⁸⁶⁰. Or, cette généralité outrancière du principe de sécurité juridique en droit communautaire révèle, en fait, un principe utilitaire, inconsistant et, au-delà, un faux principe voire une fausse norme. Le droit international offre d'autres illustrations de la confusion à laquelle conduit le critère de la généralité⁸⁶¹. Là encore, la doctrine du droit international a souvent employé l'expression « principe général » dans un sens impropre.

Un retour à l'orthodoxie s'impose, pour ce faire, il convient de réhabiliter les caractéristiques essentielles des principes généraux du droit autour du critère matériel principalement⁸⁶². Or, pour certains auteurs, ces considérations sont purement doctrinales. Et, à cet égard, les juridictions semblent du même avis car ni la Cour de cassation, ni le Conseil d'Etat, ni même le Conseil constitutionnel ne paraissent déterminés à distinguer une règle de droit d'un principe. La sécurité juridique n'est, en effet, pas la seule règle indument classée au rang de principe par la doctrine en raison de sa portée très générale.

La séparation des pouvoirs a également fait les frais de ses contours trop généreux⁸⁶³. Elle emprunte assez fréquemment la dénomination de principe alors qu'elle résulte pourtant clairement de l'article 16 de la déclaration des droits de l'homme. Il en est de même à propos de la règle de légalité des délits et des peines (art.8 DDHC) ; de la non-rétroactivité (art.2 C.Civ) ; de l'autorité relative de la chose jugée (art.1351 C.civ), de l'effet relatif des contrats ou de l'autonomie des volontés (art.1134 C.civ) qui se voient régulièrement qualifiés d

⁸⁶⁰ Cf. les développements consacrés à l'application contradictoire du principe de sécurité juridique en matière communautaire, notamment p.174s.

⁸⁶¹ B.Vitanyl : la signification de la « généralité » des principes de droit, Op Cit, p.543 « le terme principe général(...) appliqué au système du droit international, sert souvent à l'expression de deux notions au fond tout à fait différentes ». L'auteur souligne qu' « on n'a pas remarqué qu'on désigne habituellement par généralité du principe du droit international des concepts qui ne sont pas de la même catégorie ».

⁸⁶² En ce sens, cf P.Morvan : le principe de droit privé, Op Cit, p.309 et s.

⁸⁶³ N.Molfessis : le Conseil constitutionnel et le droit privé, paris LGDJ, 1997 p.457, selon l'auteur « une étude des arrêts de la cour de cassation concernant les principes généraux du droit, a ainsi montré que celle-ci ne prenait guère soin de distinguer les principes, des seules règles ». Il constate également que le Conseil constitutionnel ne déroge pas à ce constat dans le cadre de la détermination des principes fondamentaux reconnus par les lois de la république du même auteur : la notion de principe dans la jurisprudence de la cour de cassation, préc.TRDCiv2001, spéc p.701, également D.Bureau : les sources informelles du droit dans les relations privées internationales, Op Cit, p.58 et s.N°63 et s.

principe indépendamment du critère matériel. L'existence d'un fondement textuel devrait en toute rigueur leur dénier cette nature.

La sécurité juridique au même titre que toute proposition qui peut être formulée en termes très généraux et abstraits acquiert, sous cette forme impropre, un prestige particulier et se pare d'une évidence qui lui confère une force de persuasion efficace. On comprend alors qu'elle suscite l'intérêt et l'on perçoit encore la difficulté pour faire descendre les principes de leur piédestal⁸⁶⁴.

Cette tendance qui aboutit à convertir n'importe quel concept en principe dans une totale indifférence des critères qui leur sont propres trahit incontestablement l'existence d'une profonde faiblesse dans l'argumentation juridique qui, au fond, traduit une défaillance dans la hiérarchie des normes. Cette faille contraint à une surenchère dans la valeur des normes afin de mieux emporter la conviction sur le bienfondé des solutions retenues. Or, une solution dont le bien-fondé s'impose évidemment mérite-t-elle de recouvrir à ce subterfuge de valorisation ?

Rétablir la rigueur de la distinction entre principe et norme semble indispensable car ce relâchement ouvre une brèche considérable permettant d'intégrer, parmi les principes du droit, bon nombre de normes juridiques ordinaires voire non juridiques qui les vident de leur substance normative⁸⁶⁵. De plus, cet amalgame qui tend à assimiler les principes généraux de source prétorienne aux règles de droit de source législative porte encore atteinte à la séparation des pouvoirs en raison du statut nécessairement « instable » de la jurisprudence dans notre droit.

C'est pourquoi, une fois de plus, il importe que les critères des principes soient officiellement reconnus, auquel cas cette catégorie juridique risque de perdre toute signification. A cet égard, « le principe général de sécurité juridique, réduit à lui-même, (...) a une portée tellement générale qu'il est frappé d'insignifiance »⁸⁶⁶. Ainsi, la généralité du concept de sécurité juridique, dont les facettes sont innombrables, ne doit pas permettre de lui conférer la dénomination de principe car elle lui dénie également tout caractère normatif.

⁸⁶⁴Cet abus de langage a été dénoncé par P.MORVAN dans sa thèse, Op Cit.

⁸⁶⁵Ch.Atias : épistémologie juridique PUF coll droit fondamental, 1985 N°84, p.164.

⁸⁶⁶R.Chapus : droit administratif général, t.1, Montchrestien, Paris, 13^eéd, 1999, n°135, p.96 dans le même sens : B.Pacteau : la sécurité juridique, un principe qui nous manque ?.

Paragraphe 2 : La subsidiarité du principe de sécurité juridique

La volonté de recourir à un principe de sécurité juridique s'inscrit dans la problématique des lacunes du droit (A). Elle traduit alors le caractère subsidiaire⁸⁶⁷ de cette norme incompatible avec la nature des principes (B).

A- La problématique des lacunes du Droit

François Gény enseignait que les sources formelles du droit ne peuvent livrer toutes les solutions que « requiert l'ordre juridique »⁸⁶⁸. De ce fait, notre système normatif est, par nature, incomplet par rapport à une certaine représentation de l'ordre juridique de référence. Cette affirmation a contribué à développer le concept des lacunes du droit⁸⁶⁹. Et dans la problématique de la position et de la solution des lacunes en droit positif »⁸⁷⁰. Cette source de droit prétorienne viendrait ainsi assurer la complétude du système.

Toutefois, la question des lacunes du droit implique nécessairement un jugement de valeur qui conduit à constater l'existence d'une carence normative au sein de notre système. Il y a lacune lorsque ni la loi, compte tenu des limites du sens possible de ses termes, ni la coutume ne livrent une règle que l'ordre juridique, dans son ensemble requiert⁸⁷¹. En effet, « toute lacune du droit positif est la forme spécifique de l'absence d'une proposition normative au sein d'un système normatif. Concept de genre, l'absence d'une proposition normative désigne l'état d'un système normatif qui ne contient pas de proposition définissant le statut déontologique d'un cas déterminé par certaines propriétés »⁸⁷².

⁸⁶⁷ Est subsidiaire une norme juridique qui s'applique à défaut d'autres règles.

⁸⁶⁸ F.Geny : méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif, Paris, 1954, II, p.118.

⁸⁶⁹ Sur ce concept voir. A.G Conte : décision, complétude, clôture a propos des lacunes en droit, in I problème des lacunes en droit, Bruxelles, 1968, p.72s, U.Klug : Observations sur le problème des lacunes en droit, in le problème des lacunes en droit. Etudes publiées par Ch.Perelman, Bruxelles, 1968, p.85, Ch. Perelman : logique juridique. Nouvelle rhétorique, Paris 1976, p.48, P.Foiriers : les lacunes en droit, in le problème des lacunes en droit p.9 spéc.p.23. a l'opposé, certains nient la possibilité de lacunes du droit positif, H.Kelsen : Théorie pure du droit. LGDJ, coll. La pensée juridique 1962, trad Ch.Eisenmann, éd 1999, spéc.pp245-249, la théorie des lacunes repose sur « l'idée qu'il existe des cas dans lesquels la droit en vigueur ne peut pas être appliqué parce qu'il ne contient pas de norme générale applicable à l'espèce (...)mais en vérité, logiquement , le droit positif est toujours applicable,,(...) il n y a pas de lacunes en ce sens » I.Tammelo, Modern Logic in the service of law, Wien , New York, 1978, p.131.

⁸⁷⁰ P.Gerard : droit, égalité et idéologie. Contribution à l'étude critique des principes généraux du droit, Bruxelles. Facultés universitaires Saint-Louis, 1981, p.177.

⁸⁷¹ En ce sens, C.W Canaris: die feststellung von Lucken im Gesetz, Berlin, 1964. Spéc.p.31.

⁸⁷² P.Gerard : droit égalité et idéologie. Contribution à l'étude critique des principes généraux du droit, Bruxelles, Op Cit, p.177. Egalement A.G Conte : Décision, complétude, clôture. A propos des lacunes en droit, Op Cit, p.72. Ch Perelman : logique juridique, Op Cit, p.48.

Il peut également y avoir différentes catégories de lacunes. En effet, d'après certains auteurs, selon que les critères d'appréciation relèvent du droit positif existant ou bien d'un droit futur idéal, souhaitable, il sera tantôt question de lacunes (Lücke) dans le premier cas, tantôt de défauts (Fehler) dans le second⁸⁷³. Pour d'autres, il convient de distinguer les vraies des fausses lacunes (lacunes praetem legem et lacunes contra legem). Ainsi, le juge peut légitimement pallier les déficiences correspondant à des lacunes véritables car l'ordre juridique lui-même postule ce complément. En revanche, il est question de fausses lacunes lorsque le juge complète le droit existant en fonction de ses opinions personnelles, dans ce cas l'intervention du juge doit être dénoncée⁸⁷⁴. Ces distinctions montrent que l'étude des lacunes fait intervenir une appréciation de l'ensemble du système qui oblige à anticiper la perfection des lois, l'interprétation pouvant en être faite, l'intérêt en jeu,...⁸⁷⁵

En l'occurrence, cette étude a débuté par le constat de la diversité des situations sources d'insécurité juridique dans notre droit et par celui de l'absence de norme visant à assurer le respect de la sécurité juridique à travers l'expression « sécurité juridique ». Par conséquent, il existe, à l'évidence, une carence objective au sein de notre droit. A ce titre, l'aspiration à la reconnaissance du principe de sécurité juridique a nécessairement et essentiellement pour objet de combler les lacunes du droit positif. Il se présente en réponse à ce besoin croissant qui, rappelons-le, en constitue la justification (donné réel).

La doctrine et les praticiens ne l'ont pas envisagé autrement que dans une logique fonctionnelle et dans le but de pallier la rétroactivité des lois fiscales, de remédier aux revirements jurisprudentiels, d'assujettir la loi à des exigences de cohérence, de clarté et d'accessibilité, etc.

Le fait qu'une règle soit le fruit de revendications traduit indubitablement cette fonction supplétive ». Or, les principes ont-ils véritablement pour fonction de compléter les failles du système juridique ?

⁸⁷³ cl.K.Engisch : Einluhrung in das Juristische Denken, Stuttgart, 4^e éd.1968 p.143. voir encore U.Klug : Observations sur le problème des lacunes en droit, Op Cit, p.87, sur la distinction entre lacune immanente et lacune transcendante.

⁸⁷⁴ cf. par exemple, C.W. Canaris : Die Feststellung von Lucken im Gesetz, Op Cit, p44 et s. ch.Perelman : logique juridique. Préc,p.48 : K Larenz : Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin, 2^eéd.1964 p.350. C.E. Alchourron et E.Bulygin : normative System. Wien, 1971.p.106.

⁸⁷⁵ En ce sens, P.Gerard : droit, égalité et idéologie. Contribution à l'étude critique des principes généraux du droit, Bruxelles, Op Cit, p.182 : « la position d'une lacune implique une anticipation de la totalité à l'ordre juridique » J.Esser : Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgarantien der richterlichen Entscheidungspraxis, Frankfurt a.M.1970 p.179.

B- L'absence de fonction subsidiaire des principes

L'étymologie du mot « principe » le désigne comme une cause première⁸⁷⁶ ; il s'agit d'une norme fondatrice qui, en tant que telle, se situe au commencement⁸⁷⁷.

Soustrait aux prémisses car prémisses lui-même, le principe ne peut alors se voir reconnaître la fonction de combler les lacunes du droit⁸⁷⁸. Cette fonction correspond à une démarche a posteriori qui permet de recouvrir à une norme juridique après avoir constaté les carences du système normatif. La norme procède ainsi d'une logique déductive car elle est subordonnée à une appréciation du droit positif qui lui confère son titre de naissance.

Or, un principe est lui-même son unique fondement, il n'a nul besoin de se justifier par l'état carencé du droit positif pour s'affirmer en tant que tel. A cet égard, une thèse remarquée⁸⁷⁹ a montré que si l'existence des principes généraux du droit en droit administratif s'explique exclusivement par le caractère lacunaire de cette discipline, dans ce cas, leur développement dans un système largement codifié, tel le droit privé interne, est alors impossible. Or, d'une part, les principes généraux du droit administratif sont apparus dans un environnement normatif dense et nullement lacunaire⁸⁸⁰. D'autre part, les principes du droit privé ont largement prospéré, notamment ces dernières décennies et surtout récemment⁸⁸¹, au

⁸⁷⁶Dictionnaire encyclopédique Hachette, V° Principe 1. Origine, cause première 2. Loi générale, non démontrée, mais vérifiée expérimentalement, 3.fondement théorique du fonctionnement d'une chose 4.règle de conduite ex. Principe de morale, locution : en principe : théoriquement par principe : en vertu d'une décision a priori au pluriel I : premiers rudiments d'une science.

⁸⁷⁷En ce sens R.Odiere : les principes généraux du droit français, RIDComp.N° spécial, 1980 vol.2 p.309 : « étymologiquement le mot principe apparaît au XIVème siècle dans orsme, philosophe, économiste et savant normand qui l'emprunte directement au latin principe qui signifie commencement » P.Morvan : le principe de droit privé préf.J.L Sourieux, éd Panthéon-Assas, Paris 1999, Op Cit, p.3.

⁸⁷⁸Contra, voir ex.P.Gerard : droit, égalité et idéologie. Contribution à l'étude critique des principes généraux du droit, Bruxelles, Op Cit, p.195 et s. l'auteur justifie l'affirmation du principe du respect du droit de la défense par l'existence de lacunes reconnues par le juge. De même B.Genevois : les principes généraux de droit administratif, RIDComp, N° Spécial, vol2 1980 p.279, Op Cit, p.282, spéc.p284 : « le recours aux principes généraux permet au juge, non seulement de combler les vides de la loi écrite, mais aussi d'étendre le contenu du bloc de légalité... ».

⁸⁷⁹P.Morvan : le principe de droit privé, préc, Op Cit, p.387.

⁸⁸⁰R.Chapus : de la valeur juridique des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles du droit administratif, D.1966, chr.99. L'auteur parle d'« un réseau normatif serré » préexistant...

⁸⁸¹Sur l'essor des principes généraux du droit dans la jurisprudence de la cour de cassation, voir par exemple : N.Molfessis : la notion de principe dans la jurisprudence de la cour de cassation, Op Cit, p.700 : « en quelques mois, la cour de cassation consacré plusieurs principes inédits, comme le principe selon lequel l'exception de nullité est perpétuelle (Civ.3, 10 mai 2001) le principe général du droit selon lequel ce qui est réputé nul est censé n'avoir jamais existé (Civ 1^{er}, 15 mai 2001). Le principe général du droit selon lequel celui qui réclame le bénéfice d'un droit doit justifier (de ses) conditions d'application (Civ.1^{ere}, 17 octobre 2000). Ou encore les principes généraux du droit commercial tenant aux critères de durée et de portée territoriale en matière de clause de non concurrence (Com.27 février 2001) ». L'auteur ajoute qu'une telle inflation n'est pas sans risquer d'entraîner une dévaluation même des principes « par un phénomène déjà maintes fois observé au sujet de la loi ».

côté d'une abondante législation qualifiée d'inflationniste, au point d'encourir les mêmes écueils que la loi elle-même.⁸⁸²

Ainsi, la preuve est faite que les principes « ne germent pas que dans le terreau fertile d'un droit écrit carencé »⁸⁸³. Leur émergence est, au contraire, indifférente à la pénurie normative.

Par conséquent, un principe ne peut être asservi au rôle de comblement des lacunes du droit. Certes, un principe général peut également contribuer à combler les lacunes du droit⁸⁸⁴. Cependant si cet aspect est fréquemment souligné par la doctrine⁸⁸⁵, tel n'est cependant pas sa fonction essentielle car un principe n'est jamais fonctionnel par nature. Il l'est par voie de conséquence. Un principe dont l'unique fonction serait la complétude du système juridique ne peut se voir qualifié comme tel. Une règle dénommée principe pour ce seul aspect présente alors une dépendance à l'égard des règles de droit défaillantes alors que le principe se caractérise par son extra-légalité et par son autonomie à l'égard des normes juridiques existantes, même défectueuses. Les principes prospèrent indépendamment de l'existence ou non de règles de droit et ne peuvent donc être assimilés à des normes subsidiaires ne s'appliquant qu'à défaut de règles principales.

La non-subsidiarité constitue donc un critère déterminant du principe de droit⁸⁸⁶. Il résulte et même correspond au critère matériel précisément évoqué qui voit dans tout principe d'une norme extérieure au droit. Dès lors, les règles conçues pour une application subsidiaire, tel le principe de sécurité juridique sollicité dans le seul but de répondre à un besoin dans notre système, ne peuvent être admises en qualité de principe en droit interne sans usurper cette qualification. En effet, « la subsidiarité en somme n'est que le vœu pieux d'une doctrine que le juge du droit n'a pas exaucée »⁸⁸⁷.

⁸⁸³ On parle d'ailleurs d'une tendance à l'inflation constante de la catégorie des principes principalement en droit privé : de 1990 à 1998, la cour de cassation a ainsi produit 19 principes supplémentaires (P.Morvan, Op Cit, p.83).

⁸⁸⁴ P. Morvan, Op Cit, p.388. : « En fait, le principe naît toujours en marge d'un droit écrit préexistant, il n'émerge pas d'un néant normatif dont il semble la vacuité mais d'un dense tissu normatif auquel il échappe ».

⁸⁸⁵ Par ex. F.Moderne : légitimité des principes généraux et théorie du droit, RFDA, 1999, p.722, P.Gerard : droit, égalité et idéologie, contribution à l'étude critique des principes généraux du droit, Bruxelles, Op Cit, p.177.

⁸⁸⁶ En droit privé il n'existe que deux exceptions à cette règle : l'action de in rem verso et l'action en concurrence déloyale toutes deux subsidiaires.

⁸⁸⁷ P.Morvan, Op Cit, p.538.

En outre, les lacunes dénoncées au sein de notre droit peuvent aisément être comblées par le pouvoir d'interprétation du juge car les règles de droit existantes ainsi que les nouvelles exigences mises en œuvre (exigence de clarté, objectif d'accessibilité et d'intelligibilité, exigences issues de la jurisprudence européenne...) peuvent également permettre de renforcer le respect de la sécurité juridique. A cet égard, un principe de sécurité juridique ne présenterait aucune utilité sinon celle de venir suppléer des règles de droit efficaces et, en cela, ajouter à l'insécurité du droit. Dans ce cas, il correspondrait à une logique *contra legem* dans laquelle il viendrait compléter le droit existant, non pas parce que l'ordre juridique l'aurait postulé, mais parce qu'il permettrait au juge d'affirmer ses opinions⁸⁸⁸.

Enfin, s'il venait à s'inscrire dans la réalité juridique, le principe de sécurité juridique serait inefficace.

⁸⁸⁸ Sur les vraies et les fausses lacunes, voir notamment C.W Canaris : *Die Feststellung von lucken im Gesetz*, Op Cit.p.44 ET S.Ch .Perelman : *logique juridique*, Op Cit.p.48.

Conclusion du chapitre II

En définitive, le critère matériel doit être écarté. D'une part, le principe de sécurité juridique peut s'appuyer sur des fondements précis qui lui retirent toute autonomie et d'autre part, sa capacité migratoire n'est qu'un mythe et ne présente pas de caractère décisif.

Par ailleurs, les pressions en faveur de l'accueil d'un principe de sécurité juridique en droit français interne trahissent un certain nombre d'incohérences qui démontrent ouvertement le caractère superflu et surtout factice du principe convoité. Il semble qu'il convienne, avant de réclamer la transposition d'un principe étranger à notre droit, d'examiner au préalable si son contenu n'y est pas déjà observé. Sur ce point, les exemples qui précèdent montrent à l'évidence que les instruments du droit positif sont à même d'assurer seuls l'essentiel de la protection de la sécurité juridique indépendamment du « principe » plébiscité. L'ensemble de ces règles de droit rend le recours à un principe de sécurité juridique superfétatoire.

Le droit positif que complète les exigences européennes, se suffit donc à lui-même, d'une part, pour perfectionner les exigences de sécurité juridique existantes, d'autre part, pour mettre en œuvre et aménager d'autres mécanismes insuffisamment protecteurs des exigences en question⁸⁸⁹.

⁸⁸⁹ - voir notamment R.CHAPUS : droit administratif général, préc. N°135, l'auteur relève le nombre et l'importance « des illustrations jurisprudentielles de la préoccupation d'assurer la sécurité juridique des personnes.(...) c'est un fait que le droit national n'a pas (ou pas encore) consacré de façon expresse un principe général de sécurité juridique, il ne faut pas qu'en soit masquée la réalité. Qui est faite de la reconnaissance des multiples concrétisations d'un tel principe (...) ».

Conclusion du Titre II

Si le principe de sécurité juridique, a ce jour, n'est pas reçu en droit français, c'est parce qu'il rejoint des préoccupations qui y sont déjà présentes et auxquelles ce droit répond, pour partie, sur la base d'autres fondements plus efficaces. Ces instruments, en général plus précis et opérationnels, réduisent à néant l'intérêt de ce soi-disant principe et lui dénie également cette qualification. D'autres raisons réfutent l'institution d'un principe de sécurité juridique.

Le droit, en tant que science sociale, édifiée par l'homme, comporte par nature une part d'imperfection irréductible qui se manifeste notamment par l'insécurité juridique inhérente au système juridique⁸⁹⁰. Si une partie de cette insécurité juridique peut être résorbée, en revanche, une partie substantielle apparaît incompressible et aucune solution ne peut y être apportée. Admettre alors qu'une norme providentielle peut, à elle seule, avoir vocation à résoudre l'insécurité juridique dans son ensemble, simplement en se présentant comme un « principe de sécurité juridique » semble, dans cette logique, dénué de sens.

En outre, bien que légitime, la volonté d'assurer la sécurité juridique par le biais d'un principe traduit également une quête idéaliste. Ses partisans revendiquent « un ordre désirable en choisissant (...) le moyen que la science leur indique comme étant le plus approprié »⁸⁹¹. En réalité, cette « rationalité finalisée » comme l'appelle Max Weber, est biaisée par la logique de la surproduction normative qui répond insatiablement aux failles du système par de nouvelles normes juridiques. En cela, cette démarche occulte les solutions concrètes que propose déjà le droit et qui peuvent s'avérer efficace.

⁸⁹⁰ En ce sens, N.J. Mazen : L'insécurité inhérente au système juridique, thèse Dijon, 1979.

⁸⁹¹ F.A. Hayek : Droit, législation et liberté, Vol. I, Règles et ordre, trad. R. Audouin, PUF, 2^{ème} éd., 1985, p.69.

Conclusion de la première partie

Après avoir défini la sécurité juridique comme l'idéal de certitude ou de fiabilité d'un droit accessible et compréhensible, qui permet aux sujets de droit de bâtir des prévisions juridiques, en même temps qu'il se montre respectueux des prévisions légitimes qu'ils ont déjà élaborées. On peut dire que sous ces deux angles distincts, le droit positif revêt certaines qualités et souffre aussi de défauts. Globalement, le respect des prévisions juridiques semble assez bien assuré par le droit français.

Qu'on l'envisage sous l'angle de l'élaboration des prévisions juridiques ou sous l'angle du respect des prévisions juridiques, l'impératif de sécurité juridique doit toujours être relativisé, au moins à double titre. D'un point de vue interne, d'abord, la sécurité juridique se trouve faite d'éléments très divers. Spécialement, la sécurité juridique peut être envisagée soit classiquement de manière objective, soit, de manière plus novatrice, subjectivement. Dans le premier cas, la sécurité juridique objective prescrit des solutions de rigueur : indépendamment de la légitimité des prévisions concrètes des sujets de droit, la sécurité juridique est assurée par des mécanismes juridiques abstraits tels que la prescription, l'autorité de la chose jugée ou la prohibition généralisée de la rétroactivité. Dans le second cas, la sécurité juridique subjective est toute faite de souplesse : en fonction des prévisions concrètes des individus, le juge est appelé à faire justice aux sujets de droit pour que leurs prévisions légitimement bâties soient dûment respectées ou pour qu'ils échappent, dans l'élaboration de leurs prévisions, aux incertitudes qui peuvent peser sur le droit positif.

La sécurité juridique, d'un point de vue externe, n'est qu'une des valeurs sur lesquelles repose le droit, au même titre que la justice et le progrès. Chaque système juridique assure à sa façon, c'est-à-dire selon son propre génie, le respect de toutes ces valeurs indispensables. Or, à cet égard, le droit français est loin de constituer un modèle d'insécurité juridique, contrairement à ce que pourrait laisser hâtivement penser le recensement systématique des causes d'insécurité juridique.

Partie II : La consécration du principe de sécurité juridique en droit marocain, piste du droit communautaire

On a pu écrire que : « C'est une imprudence, une témérité dangereuse d'innover sans de puissants motifs ; ce serait aussi une pusillanimité bien nuisible au progrès des lumières, de vouer à l'usage une soumission aveugle et servile, de redouter une prudente réforme, lorsque les inconvénients en démontrent la nécessité »⁸⁹². La consécration de la sécurité juridique s'inscrit bien dans ce postulat. Qu'il soit une imprudente innovation ou une insoumission à l'usage, le principe de sécurité juridique est en passe, sinon de révolutionner notre droit administratif, au moins d'ouvrir la voie à sa remise en question. Hier encore, ce droit, objet de convoitises et d'émerveillements, devenu obsolète et difficilement défendable. Le droit administratif français jouait le rôle de l'éclaireur pour les droits administratifs étrangers, pour ne pas dire la source et l'exemple à suivre. Hélas, ce droit administratif n'a pas pu, ou voulu, s'adapter de son plein gré à l'évolution de son environnement. En effet, notre droit administratif demeure gouverné par une logique d'autorisation, alors qu'il n'y a de place que pour la contractualisation. Une logique de centralisation, alors qu'il n'est qu'une composante de la mondialisation. Un droit de soumission à la légalité, alors que partout, on vénère l'émancipation des effets pervers de cette légalité. Dans la première partie de notre recherche, nous avons essayé de démontrer comment le juge européen est arrivé à faire appel au principe de sécurité juridique pour renouveler et actualiser son œuvre devenue, en partie, obsolète. Dans le cadre de cette partie, nous allons essayer d'étudier la portée et les conséquences futures de l'application de la sécurité juridique, à travers l'étude de la confiance légitime (**Titre 1**), ensuite on va essayer d'étudier la consécration du principe de la sécurité juridique en droit marocain (**Titre 2**). A travers l'étude du rôle du Secrétariat général du Gouvernement, notamment en matière d'élaboration des lois et de sa publication.

⁸⁹² A- M. Dupin, Manuel des avocats et des étudiants en Droit, De la jurisprudence des arrêts à l'usage de ceux qui la font et de ceux qui la citent. Bruxelles 1823. p. 320.

Titre I : Le principe de sécurité juridique, une naturalisation de la confiance légitime

La consécration d'un principe de sécurité juridique est tellement récente, qu'une étude de ce principe, ne peut prétendre pouvoir, d'ores et déjà, fixer ses contours et sa portée. Néanmoins, à partir de notre analyse des quelques jurisprudences rendues en la matière, nous avons pu dresser un tableau concernant la portée du principe de sécurité juridique. Dans ce deuxième volet de notre étude, nous allons démontrer, à travers une approche comparative, que ce que notre droit appelle le principe de sécurité juridique n'est, en fait, que l'équivalent du principe de protection de la confiance légitime du droit.

Pourtant, le juge administratif lui-même s'obstine à refuser toute référence, en droit interne. Est-ce que la guerre des juges est en phase de tourner à une guérilla, non déplaise, aux promoteurs d'un dialogue des juges. En effet, le Conseil d'Etat français, influencé en cela par une grande partie de la doctrine, considère que le droit administratif français traditionnellement objectif est incompatible avec le principe de confiance légitime issu d'un système juridique subjectif. Nous allons montrer que le principe de confiance légitime n'est que partiellement subjectif, et que sa portée n'est pas plus subjective que celle du principe de sécurité juridique. Ce qui nous renvoie, par la suite, à étudier cette prétendue tradition objective. Parce que la soutenir et la défendre prouverait, de deux choses l'une ; ou bien notre droit administratif est plus protecteur que ceux du reste du monde, ou bien, notre conception de la protection du citoyen est inférieure à celle adoptée par le reste du monde.

Chapitre I : Le principe de sécurité juridique ; stade ultime

d'intégration de la confiance légitime en droit européen

Il s'agit d'un moyen entre les mains du juge pour corriger les effets pervers de la règle de droit de manière casuistique, c'est une forme d'équité au service d'une parfaite justice. Pour F. Hubeau⁸⁹³, la confiance légitime est l'instrument qui traduit le malaise du juge : « devant une modification de l'état du droit qui serait en soi légal, mais qui est à ce point brutale qu'il ne peut la tolérer au nom de l'idée qu'il se fait de la correction qui doit régir les rapports entre l'administration et les administrés ». A partir de cette définition, on peut déjà relever une certaine équivalence entre le principe de sécurité juridique français et le principe de protection de la confiance légitime en droit communautaire. Toute la difficulté à insérer un tel principe dans le droit positif français tient au poids que représente l'administration dans les rapports juridiques en France. Le principe de confiance légitime découle d'une conception libérale de l'organisation étatique. En effet, dans un Etat jacobin, comme la France, dont l'administration est omniprésente à tous les échelons de l'activité publique, semi-publique et privée, ne peut que créer un désordre et une paralysie. Les conséquences du remède seront encore plus néfastes que le mal initial. Il serait plus aisé pour le juge de faire place à son équité lorsqu'il est confronté à une administration qui agit en dehors de son périmètre souverain.

Cela renvoie à la question des manières d'administrer. Lorsque l'administration agit en tant que puissance publique expression de la souveraineté étatique, il va de soi que le principe de la protection de la confiance légitime des administrés n'aurait aucun intérêt, puisque l'appliquer reviendrait à discuter judiciairement à l'Etat sa légitimité. En revanche, lorsque l'administration agit comme un partenaire par exemple, elle se doit de respecter la confiance que placent en lui ces partenaires. D'autre diront, que cette analyse souffre de son manque de cohérence puisque en droit fiscal le principe de confiance légitime s'applique alors qu'il s'agit bel et bien d'un domaine de souveraineté. Il est vrai que l'impôt est l'expression de l'exercice de souveraineté. L'administration fiscale constitue même un moyen de gouvernement. Néanmoins, lorsque le juge applique le principe en droit fiscal, il le fait lorsque l'administration a commis une erreur, lorsque le changement de la législation a suivi le circuit normal, il n'y a aucune raison de le contester, en revanche, lorsque le changement intervient brutalement pour corriger une faute commise par l'administration, il y a bien lieu à protéger les assujettis de bonne foi qui n'ont pas induit l'administration fiscale en erreur. Avant de

⁸⁹³ F. Hubeau, Le principe de protection de la confiance légitime dans la jurisprudence de la CJCE. Cah. Droit européen 1983, p. 143.

conclure à l'équivalence des protections des principes de sécurité juridique français et du principe de confiance légitime communautaire (**section 2**), nous allons étudier le régime juridique du principe de la confiance légitime (**section 1**).

Section 1 : Le principe de la protection de la confiance légitime

Le principe de protection de la confiance légitime, outre ses origines germaniques, appartient à la catégorie des principes fondamentaux du droit communautaire. Classiquement, le droit français ne reconnaît pas l'existence, dans l'ordre juridique interne, d'un principe de protection de la confiance légitime. La doctrine considère généralement qu'un tel principe, par son caractère extrêmement subjectif, ne peut s'accommoder avec le droit français qui est un droit traditionnellement objectif. La consécration du principe de confiance légitime par la CJUE était plus une réponse aux réclamations récurrentes des justiciables sur ce fondement que l'aboutissement d'une construction juridique à partir des conclusions des avocats généraux. En effet, si le principe de confiance légitime a été souvent réclamé par les parties, seuls les avocats généraux, dont le droit national le reconnaît, le mettaient en avant. Nous allons examiner dans un premier temps le régime juridique de la confiance légitime (**Sous-section 1**), pour étudier ensuite, son application en droit comparé (**Sous-section 2**).

Sous -section 1 : Le régime juridique du principe de la protection de la confiance légitime

Le recours au principe de protection de la confiance légitime n'est point automatique. Il ne suffit pas qu'une aspiration ou une attente soit contrariée, encore faut-il qu'il y ait une confiance à protéger. En effet, pour que le juge accepte une demande fondée sur le bénéfice de la protection de la confiance légitime, il faudrait la réunion d'un certain nombre de conditions. Toutefois, combien même ces conditions sont réunies, le juge peut donner raison à la personne publique source de la base de confiance⁸⁹⁴.

Paragraphe 1 : Les conditions d'une confiance légitime méritant protection

Il s'agit d'un ensemble de critères que le juge prend en compte avant de décider que les espérances de l'administré donnent lieu ou pas à l'application du principe de la protection de la confiance légitime.

⁸⁹⁴ Brahim Dalil, le droit administratif face au principe de sécurité juridique, op cit, p. 205.

A- Le préalable comme référence ; les comportements des organes source de confiance

Il s'agit de la source de confiance de l'administré. Cela consiste pour l'administré de croire dans la permanence d'une action ou omission de la part d'une personne censée agir conformément au droit. Ainsi, l'administré, par cette référence au comportement de l'administration à l'égard de situations similaires à la sienne, adopte un comportement conforme au dit-comportement. Le départ du mécanisme repose tout entier sur l'existence de cette source de confiance qui a influencé le comportement de l'administré. Cela renvoie à l'examen de deux questions ; d'une part, quelles-sont les personnes dont les comportements sont jugés source de confiance, d'autre part, quelles formes peuvent revêtir ces comportements. Il s'agit de toutes les institutions habilitées à réglementer et produire des normes. Cela inclut, par exemple, les personnes représentant ou agissant au nom de l'autorité publique. Il en est ainsi du pouvoir législatif dans l'exerce sa mission de légiférer sur des situations conclues par le passé. Autrement dit, lorsqu'il procède par des lois rétroactives⁸⁹⁵. En effet, pour la Cour Constitutionnelle fédérale Allemande, il est impératif que le citoyen puisse avoir la certitude que son action est conforme au droit en vigueur et qu'elle ne sera pas remise en cause, à posteriori, par un droit ultérieur dont il n'a pas connaissance. Le citoyen, dont la confiance légitime fondée sur une législation en vigueur, ne peut se voir remettre en cause cette confiance par une loi antérieure. Néanmoins, la personne publique la plus concernée par le principe de la confiance légitime demeure l'administration. Dans ses rapports avec les citoyens, l'administration doit être claire, précise et sans équivoque. Tout rapport administratif est valablement acquis, ou par autorisation ou par simple déclaration, ne peut faire l'objet d'un retrait sans violer le principe de protection de la confiance légitime, d'une part, du destinataire personnel de la décision, et d'autre part, celle de tous ceux se trouvant dans la même situation que le destinataire initial et qui auraient fondé leurs comportements sur celui de ce destinataire.

A la différence du législateur, où seuls les textes de lois sont une base de confiance, l'administration peut produire l'effet de confiance chez le citoyen par différents procédés. La base de confiance peut résulter d'une action claire et non équivoque de la part des services

⁸⁹⁵ La cour fédérale distingue la vrai-rétroactivité de la fausse-rétroactivité. La première concerne les lois nouvelles qui reviennent sur les acquis et les situations entièrement consommée avant son entrée en vigueur. En revanche, les lois faussement rétroactive sont celles qui, bien que produites à posteriori, interviennent sur des situations conclues par le passé certes, mais dont l'exécution est prolongée dans le temps. Seule les premières sont interdites et censurées sur la base de la confiance légitime.

administratifs (information, renseignements) que d'une omission ou d'une tolérance administrative (exercice d'une activité sans autorisation). Egalement, la base de confiance peut être un acte administratif formulé d'une manière expresse (autorisations, nominations) ou un comportement tacite (promesses). La base de confiance peut résulter des actes et des comportements de toutes les personnes morales de droit public, locales ou nationales, générales ou spéciales, sectorielles ou territoriales. Le citoyen peut, également, fonder ses espérances et sa confiance sur les décisions de justice. En principe, l'accomplissement d'un comportement ou d'une activité par un citoyen, exige de celui-ci qu'il agisse conformément au droit en vigueur. Or, le droit, comme texte de loi ou règlement, ne se suffit jamais à lui-même, il a constamment besoin de complément et de précision, d'où le rôle de la jurisprudence.

Ainsi, la jurisprudence devient une base de confiance lorsqu'elle prend le relais normatif. Il en ressort que le citoyen peut baser sa confiance légitime, pour accomplir une action, sur les considérations des juges à l'égard de celle-ci.

B- La situation de confiance dans le maintien du comportement préalable

C'est ce que Madame S. Calmes appelle, la confiance en la base. À la différence du précédent élément porté sur l'examen de l'organe dont l'acte est source de confiance. La question de la confiance en la base traite, quant à elle, de la question de l'applicabilité du principe de protection de la confiance légitime à partir de la situation de la personne qui en réclame le bénéfice. En toute logique, le principe de confiance légitime s'applique suite à des agissements d'une personne publique à l'égard de son interlocuteur qui estime sa confiance lésée. Dans cette optique, il s'agit principalement, mais non exclusivement, de personnes de droit commun, qu'il s'agisse de personne physique ou de personne morale. Néanmoins, les personnes publiques aussi peuvent éventuellement recourir au principe de confiance légitime lorsque leurs attentes suscitées par une personne publique de rang supérieur ont été déçues. Il en est, par exemple, d'une commune à qui l'Etat refuse d'accorder un soutien promis ou un Etat européen qui a basé sa confiance sur le comportement des institutions communautaires. Pour ce qui est des personnes morales de droit commun mais investies d'une mission de service public la question de leur statut pose problème. S'agit-il de personne source de confiance comme les personnes publiques, ou au contraire de simple destinataire de la base de confiance comme tout particulier. Pour Madame S. Calmes, il s'agit bel et bien de personnes source de confiance, elle écrit : « il s'agit cependant de déterminer si des personnes morales de droit privé investies de

prérogatives de puissance publique – concessionnaires de missions de droit public ou collaborateurs de l’administration – peuvent être à l’origine de telles bases de confiance. La jurisprudence n’a pas envisagé un tel cas à notre connaissance, mais il nous semble à priori que ces personnes privées font dès lors partie de l’administration au sens matériel du terme, et peuvent éventuellement, à ce titre, poser des bases de confiance⁸⁹⁶ ». Nous ne pouvons souscrire complètement à l’analyse de Madame S. Calmes et cela pour deux raisons ; d’une part, les personnes privées investies d’une mission de service public non seulement ne se substituent pas à la personne publique, mais elles agissent sous son contrôle, et donc, elle seule qui demeure source de base de confiance, d’autre part, les rapports litigieux entre le délégataire et les administrés se règlent sur la base de la responsabilité contractuelle quand il s’agit d’usagers, ou encore sur la base de la responsabilité extracontractuelle pour les tiers (exemple : le droit de propriété). Toutefois, un doute subsiste toutefois en ce qui concerne les montages complexes où la ou les entreprises contractantes disposent d’une large autonomie qui dépasse celle du cadre classique de la délégation de service public. Le principe de la protection de la confiance légitime est destiné, principalement, à la protection des personnes physiques ou morales, ainsi, tout particulier peut en réclamer le bénéfice à chaque fois qu’il s’avère que l’institution source de la base de confiance aurait manqué aux espérances qu’elle a créée dans son chef à travers cette base. Au même titre que les particuliers, le principe de confiance légitime bénéficie également aux fonctionnaires dans leurs rapports avec leur hiérarchie. Il ressort de tous ses éléments que la protection de la confiance légitime nécessite un rapport direct, autrement-dit, seul un acte ou comportement personnalisé ou individualisé peut servir comme preuve de la violation de la confiance légitime. Cela renvoie à la question de savoir si des tierces personnes qui, en l’absence d’un tel lien personnel, peuvent recourir au principe de la confiance légitime. Avant de répondre, il faut d’abord fixer les contours de la notion de tiers à la base de confiance. Il faut distinguer les tiers relatifs des tiers définitifs. Les premiers sont les personnes qui, bien qu’étrangères au contentieux opposant un administré à une administration pour atteinte à la confiance légitime, n’en demeurent pas moins dans une situation équivalente à celle du dit administré. Partant, elles ont le droit à une protection équivalente. En revanche, les tiers qui, non seulement, n’ont aucun lien avec la base de confiance, mais en plus espèrent que le moyen tiré de la confiance en la base soit rejeté (on pense aux concurrents d’une entreprise en contentieux avec l’administration). Dans ce cas de figure, cette catégorie de

⁸⁹⁶ S. Calmes, op. cit. p. 304.

tiers n'a pas vocation à se prévaloir de la protection d'une éventuelle confiance légitime puisqu'ils n'ont fait que spéculer sur l'éventuel échec de l'action de la personne partie au litige. Parce que, par définition, on ne peut protéger un droit et son contraire. Cela nous pousse à exprimer quelques réserves sur le raisonnement de Madame S. Calmes qui semble admettre que : « Le principe de protection de la confiance légitime ne doit, dès lors, pas échouer par avance sur ce problème des personnes directement concernées ou non par l'engagement. Si le principe général de protection de la confiance légitime doit être admis, sa logique exige donc qu'il soit actionné sans restriction⁸⁹⁷ ».

C - La légitimité de la confiance

Pour bénéficier d'une protection, il ne suffit pas seulement d'avoir eu confiance, il faudrait en outre que cette confiance soit légitime. Il faut qu'à l'examen du dossier, il s'avère au juge le caractère logique et fondé de la confiance en la base. En effet, il faut qu'il ressorte des éléments du dossier, que l'administré ne s'attendait pas, en toute logique, à un éventuel changement de comportement. Cela renvoie à l'idée d'imprévisibilité. Ainsi, pour Madame A-L. Valembois : « Appliquée à la théorie de la protection de la confiance légitime, l'imprévisibilité implique que la rupture du pré comportement de la personne publique soit survenue de manière brutale, ce qui se produit principalement dans deux hypothèses : en l'absence de dispositif transitoire et en l'absence d'informations suffisantes⁸⁹⁸ ». Cela reviendrait à ce que le juge vérifie si l'administré était capable ou non d'anticiper le changement comportement de la personne publique. Pour juger de la légitimité de la confiance, le juge répond à un certain nombre d'éléments qui ont trait à des considérations à la fois objectives et subjectives du comportement des deux parties au litige. D'une part, le juge examine la bonne foi du requérant ; en effet, il faut que le juge arrive à la conclusion que l'administré n'était en mesure d'apprendre et par conséquent d'anticiper le changement effectué. Cela suppose que le juge dispose d'un modèle ou un standard de référence. On pense, par exemple, à la référence d'un opérateur avisé ou encore à la personne agissant en bon père de famille. Toutefois, le juge ne met pas sur un même niveau les capacités d'un administré profane et ceux d'un organisme initié à anticiper le changement. Une telle appréciation s'effectue in concreto, de sorte que c'est l'ensemble des éléments de l'espèce qui donnera une idée au juge sur l'existence ou non chez le requérant de capacités lui permettant d'anticiper le changement. Comme le souligne Madame S. Calmes : « ce qui est

⁸⁹⁷ Ibidem, p: 359

⁸⁹⁸ A-L. Valembois, La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français, op. cit. p 243.

raisonnablement prévisible par un simple bon père de famille [...] ou par un particulier prudent et avisé [...] ne peut susciter la violation de sa confiance, puisque cette confiance, si elle a été investie de manière déraisonnable et imprudente – même si elle est réelle – ne peut être légitime ; à l'inverse, lorsque les intéressés bons pères de famille ne pouvaient pas raisonnablement deviner que de nouvelles mesures viendraient soudain contredire les précédentes, leur confiance est fondée, donc, légitime⁸⁹⁹». En revanche, l'administré fautif ou de mauvaise foi ne peut justifier la légitimité de sa confiance et par conséquent, ne peut faire appel au principe de protection de la confiance légitime. On ne peut s'empêcher de faire le parallèle avec le régime juridique du retrait des actes administratifs ; en effet, pour le juge administratif français, les actes obtenus par fraude ne créent pas de droits acquis et par conséquent il est possible de les retirer à tout moment. D'autre part, le juge vérifie que la confiance était l'élément déterminant dans le choix du comportement adopté par l'administré. Cela élimine les situations où il est prouvé que l'administré allait de toute manière adopter un comportement identique même en l'absence d'une base de confiance. Il s'agit d'une sorte de lien de cause à effet entre la confiance en la base et les agissements en fonction de cette confiance. Pour Madame S. Calmes : « Ce lien de causalité est un élément subjectif qui fait défaut lorsque l'intéressé a pris des dispositions concrètes en étant de mauvaise foi ou sans connaître le pré-comportement public qui, d'un point de vue objectif, est censé être à l'origine de son activité. Est décisive la supposition subjective en vertu de laquelle le particulier se serait comporté différemment s'il n'avait pas eu confiance en la base [...] L'existence de la causalité entre la confiance et les dispositions prises par la personne confiante est donc, le plus souvent, tributaire de présomptions. Celles-ci impliquent une grande marge d'appréciation de la part du juge qui cherche ainsi à déterminer, en sondant la psychologie du requérant, si les espérances de ce dernier étaient fondées ou non, c'est-à-dire la confiance invoquée peut être, dans le cas d'espèce, qualifiée de légitime ou pas⁹⁰⁰ ». Nous pouvons en conclure que la confiance pour qu'elle soit légitime, il faut, en outre, qu'elle soit déterminante. Par ailleurs, le comportement de l'institution publique peut servir comme circonstance aggravante lorsqu'il s'avère que l'administré a été induit en erreur. En effet, si la base de confiance est caractérisée par sa portée erronée ou son inexactitude (fausses informations) le juge n'aura aucun mal à considérer qu'il est en présence d'une confiance légitime et qu'il faut la protéger. Après cet examen des conditions de mise en œuvre du

⁸⁹⁹ S. Calmes, op. cit. p. 382.

⁹⁰⁰ S. Calmes, op. cit. p. 403.

principe de confiance légitime, nous allons traiter, maintenant, des solutions qu'adopte le juge pour protéger cette confiance.

Paragraphe 2 : Le règlement juridictionnel de la protection de la confiance légitime

Lorsque tous les éléments constitutifs de la confiance légitime sont réunis, le juge décide, en principe, des modalités à adopter pour protéger cette confiance légitime. Néanmoins, il arrive que, nonobstant son caractère fondé et légitime, le juge n'octroie aucune protection, notamment, lorsqu'il existe une urgence ou un intérêt public impérieux.

A – Les modes de protections de la confiance légitime

Les modes de règlement des litiges relatifs à la protection d'une confiance légitime varient en fonction des espèces. Il s'agit d'une matière contentieuse où l'office du juge tourne à plein régime. Il y a lieu de parler d'un véritable arbitrage entre la personne publique qui bénéficie d'un privilège du préalable et l'administré qui estime sa confiance légitime bafouée. Néanmoins, le juge procède par pragmatisme, ce qui explique la variété des solutions adoptées. D'une part, il y a le maintien de la base de confiance, il en résulte que le juge peut donner raison et une totale satisfaction à l'administré en répondant positivement à sa demande; en effet, le requérant obtient du juge le droit d'obliger l'administration à honorer l'engagement qui a servi de base de confiance. Cela reviendrait, le plus souvent, à ne pas appliquer le changement imprévisible au cas d'espèce par exemple. Madame S. Calmes qualifie, à juste titre, ce mode de protection de solution maximaliste qui consiste : « dans le maintien en faveur du sujet légitimement confiant de la situation antérieure issue du pré-comportement, donc dans une protection de stabilité concrète ; la personne publique doit se comporter conformément aux attentes fondées du citoyen, c'est-à-dire que le changement de ligne de conduite contesté est inapplicable à ce dernier⁹⁰¹ ». Une telle solution n'est que la traduction du bon sens et de l'équité, nonobstant les règles exorbitantes de l'action publique. En effet, le juge raisonne, dans ce cas de figure, comme s'il est en présence d'une norme illégale. Néanmoins, une telle solution, si elle a le mérite de la simplicité, risque, au cas où elle est généralisée, d'être source de perturbation de l'action administrative. Pour cela, le juge peut adopter d'autres alternatives comme mode de réparation. Ainsi, par exemple, il peut orienter sa solution, non pas vers le maintien de la base de confiance, mais au contraire vers le rejet de ce maintien tout en le compensant par une réparation du préjudice subi. Une solution

⁹⁰¹ S. Calmes, op. cit. p. 439.

que le juge peut adopter à partir du moment que le dit-préjudice est quantifiable financièrement. On a pu écrire au sujet de cette alternative qu'elle : « permet simultanément d'assurer la protection de la confiance et de faire en sorte que les intérêts publics percent pleinement ; elle ne limite pas la marge d'action des pouvoirs publics⁹⁰² ». L'indemnisation financière peut être fondée soit sur la faute de l'administration qui aurait induit en erreur l'administré, il s'agit ici du même raisonnement que celui appliqué en matière du dol en droit des obligations. Ou bien, en l'absence d'une faute de l'administration, sur la rupture d'égalité devant les charges publiques.

Enfin, le juge peut limiter sa solution à la réparation du caractère imprévisible et brutal du changement du comportement de l'administration. Ainsi, la solution au litige sera destinée à limiter la brutalité du changement par l'instauration d'un régime transitoire. Cette solution limite les cas d'application et d'entrée en vigueur immédiate des changements. Ainsi, pour Monsieur G. Eveillard : « la confiance légitime affecte également la solution de principe en matière d'effet immédiat ; en effet, ce dernier est remis en cause par les exigences de la confiance légitime qui, en proscrivant les changements brutaux de normes sans pour autant faire obstacle à la mutabilité du droit, implique l'obligation d'accompagner la loi nouvelle de dispositions transitoires d'effet différé, ou du moins de mesures permettant l'indemnisation des destinataires de la loi, à chaque fois du moins que la loi ancienne a pu faire naître des espérances fondées. Ainsi, à peine d'engager sa responsabilité, l'autorité normative devra accompagner la modification de l'acte de mesures de nature à atténuer la brutalité du changement de règles applicables⁹⁰³ ». Pour sa part, Madame S. Calmes insiste sur le caractère adapté et peu coûteux des dispositions transitoires comme mode de protection de la confiance légitime⁹⁰⁴.

B – La priorité des intérêts publics

Combien même sont réunies toutes les conditions d'application du principe de protection de la confiance légitime, le juge peut être amené à donner raison à la personne publique accusée de violation de cette confiance. Malgré l'évidence de l'atteinte au principe de

⁹⁰² S. Calmes, op. cit. p. 459. Néanmoins, il semble que cette situation n'a pas les faveurs de l'auteur. En effet, Mme. Calmes explique d'une part que : « même si l'indemnisation pouvait théoriquement procurer une compensation satisfaisante pour le citoyen, cette dernière est rarement la forme idéale de la protection de la confiance légitime » (p. 460). D'autre part, elle explique que vu son caractère indépendant, le principe de confiance légitime ne peut se voir intégrer dans le régime de la responsabilité des personnes publiques (pp. 466-467). En fin, Mme. Calmes considère que le recours à l'indemnisation ne doit être envisagé que si elle constitue la seule issue envisageable (p. 474).

⁹⁰³ G. Eveillard, Les dispositions transitoires en droit public français, op. cit. p. 698.

⁹⁰⁴ S. Calmes, op. cit. p. 457.

protection de la confiance légitime, le juge, pour des raisons tenant à l'intérêt général, valide une telle atteinte. Cela laisse entendre que le juge procède à une mise en balance des intérêts publics et privés en présence. Il s'agit d'un véritable contrôle de proportionnalité entre les impératifs de l'intérêt général poursuivis par la personne publique et la protection des intérêts particuliers des administrés. Il s'agit le plus souvent, pour le juge, de vérifier le bien-fondé des raisons qui ont poussé l'administration à agir de manière imprévisible.

Sur ce point, l'administration justifie le changement brutal du sens de son action par l'urgence. Et le juge examine la sincérité de la démarche administrative, d'une part, il vérifie s'il y a réellement urgence, et d'autre part, si la situation en question n'est pas devenue urgente du propre fait de l'administration elle-même. Le cas échéant, le juge procède à une balance des intérêts entre la sauvegarde de la confiance légitime revendiquée et le motif d'urgence avancé. Ainsi, par exemple, les changements de législation liés à une menace environnementale ou un danger de santé publique ne peuvent être écartés au profit de la protection d'une quelconque confiance aussi légitime soit-elle. En revanche, et comme nous l'avons déjà examiné, un intérêt financier de la personne publique (par exemple l'état des finances publiques) n'est pas considéré par le juge comme un intérêt public impérieux. Par cet examen, le juge vérifie la proportionnalité de la mesure violant la confiance légitime à l'objectif d'intérêt général poursuivi. S'il s'avère que la protection de la dite confiance n'est pas incompatible avec un tel intérêt, il sera jugé que la confiance de l'administré mériterait une protection. A la lecture attentive de ces lignes, le lecteur ne peut s'empêcher de faire le rapprochement entre le principe de confiance légitime et certaines jurisprudences récentes du Conseil d'Etat rendues sur le fondement du principe de sécurité juridique. C'est de manière délibérée que nous avons omis de le signaler expressément à ce niveau de notre étude. Après ce bref rappel du régime juridique de l'application du principe de protection de la confiance légitime, nous allons aborder la question de son application concrète par le juge.

Sous-section 2 : Le principe de la confiance légitime en droit comparé

D'origine Allemande, le principe de confiance légitime tend de plus en plus à devenir un principe universel. Il est adopté par la quasi-totalité des états occidentaux ainsi que par les juges communautaires et européens.

Paragraphe 1 : Le principe de confiance légitime dans le droit administratif des Etats européens

Pour les besoins de ce paragraphe, nous allons étudier le principe de confiance légitime en Europe à partir de la division que fait Monsieur M. Fromont⁹⁰⁵ des droits administratifs des Etats européens ; en effet, pour lui, les droits administratifs européens s'articulent autour de trois groupes (le groupe français, le groupe allemand et le groupe anglais).

A- Le principe de la confiance légitime dans le groupe Allemand (Allemand, Suisse, Pologne)

1- Le droit allemand

Le principe de protection de la confiance légitime en Allemagne, bénéficie du statut d'un principe constitutionnel. Généralement, la doctrine s'accorde à rattacher le principe de confiance légitime à celui de la sécurité juridique qui est lui-même rattaché au principe de l'Etat de droit prévue par la loi fondamentale. Une autorité constitutionnelle qu'ils partagent, notamment, avec le principe de légalité de l'action administrative. Comme le souligne Monsieur J. Schwarze : « Si le rang constitutionnel qu'occupent les deux principes (confiance légitime et sécurité juridique) leur confère autorité, même à l'égard des actes du législateur, leur place au même niveau que le principe de légalité implique, dans l'hypothèse d'un conflit, une mise en balance des intérêts en cause, en tenant compte de toutes les circonstances propres à chaque cas d'espèce⁹⁰⁶ ». Le rang constitutionnel qu'occupe la confiance légitime en Allemagne, fait de ce principe non seulement une variable d'ajustement entre les mains des juges mais tend également à inspirer les règles d'origine légale et réglementaire.

S'agissant d'un principe de rang constitutionnel, le principe de confiance légitime s'impose tout d'abord au législateur allemand ; en effet, la Cour constitutionnelle fédérale exige des lois, notamment, celles dont la portée rétroactive dans le temps porterait atteinte à la confiance légitime des citoyens. Il en résulte que le législateur ne doit pas mettre à mal la confiance du citoyen dans l'état du droit en vigueur au moment où il a agi. Pour ce qui est des lois faussement rétroactives, c'est-à-dire, celles qui s'appliquent à des situations en cours, la

⁹⁰⁵ M. Fromont, Droit administratif des Etats européens. Ed. Thémis droit PUF 2006. M. Fromont rajoute un quatrième groupe qui regroupe les pays influencés au départ par la conception française, mais qu'ils ont abandonnés par la suite pour la conception allemande, il s'agit notamment de l'Espagne et du Portugal.

⁹⁰⁶ J. Schwarze, Droit administratif européen, 2^e éd. Bruylant 2009. p. 934.

Cour Constitutionnelle allemande rompt avec l'automatisme de la protection de la confiance légitime ; en effet, comme le souligne M. P. Mouzouraki : « elle se limite ainsi à un contrôle minimum et ne censure le législateur que dans le cas où l'atteinte portée à la confiance du particulier dans le maintien de la disposition antérieure est trop grave par rapport au but visé par sa modification [...] d'une part, on peut trouver un certain nombre de décisions dans lesquelles la Cour Constitutionnelle censure la modification législative effectuée, admettant que le législateur aurait dû prévoir des mesures de transition, d'autre part, même dans le cas où la cour estime que l'intérêt général qui s'attache à la modification de l'état du droit l'emporte sur l'intérêt du particulier d'exiger le maintien en vigueur du régime antérieur, il n'est exclu qu'elle s'efforce, autant qu'elle peut, de concilier les intérêts en présence⁹⁰⁷ ».

En ce qui concerne les régimes juridiques allemand de l'abrogation et du retrait des actes administratifs, la loi allemande autorise en principe l'abrogation des actes administratifs créateurs d'obligations, néanmoins, elle prévoit des exceptions qui semblent inspirées directement par le principe de confiance légitime. Ainsi, l'abrogation est interdite lorsqu'il s'avère que l'autorité administrative a donné, à des tiers, des assurances dans le maintien de l'acte. En ce qui concerne, par ailleurs, l'abrogation des actes administratifs qui engendrent des droits, elle n'est possible que dans certains cas limitativement prévus par l'article 49 § 2 de la VwVfG. A leur égard, le principe de confiance légitime ne s'applique pas puisqu'ils sont, en principe, irrévocables et si l'abrogation intervient, elle le sera en fonction des dispositions légales. En revanche, pour le retrait des actes constitutifs de droit, le principe de confiance légitime trouve une pleine application ; en effet, comme le souligne, sur ce point, Monsieur Schwarze : « la conception traditionnelle en jurisprudence et en doctrine considérait le principe de libre abrogeabilité comme s'appliquant [...] l'idée selon laquelle la confiance du destinataire dans le maintien de l'efficacité juridique de l'acte administratif constitutif de droits était digne de protection, a été prise en considération de manière croissante⁹⁰⁸ ».

D'autre part, l'article 38§2 de la VwVfG transpose les règles de retrait et d'abrogation, issues des articles 48 et 49, aux situations de confiance de l'administré en des garanties ou

⁹⁰⁷ P. Mouzouraki, Le principe de confiance légitime en droit Allemand, Français et Anglais : Un exemple de convergence des droits administratifs des pays européens ? Bruylant 2011, p. 60

⁹⁰⁸ J. Schwarze, op. cit. p. 939. En effet, la loi de procédure administrative allemande prévoit certes, dans son article 48, le libre retrait des actes illégaux créateurs de droits, mais le subordonne aussi tôt à des exceptions gouvernées par le principe de confiance légitime. Ainsi le juge peut prononcer soit la possibilité de maintenir l'acte en question ou encore de compenser le préjudice par une indemnisation financière, à chaque fois qu'il s'avère que l'administré : « se soit fié au maintien de l'acte administratif et que cette confiance se révèle digne de protection [...] La confiance est digne de protection si le bénéficiaire a épuisé la prestation accordée, ou s'il a pris des dispositions patrimoniales telles qu'un retour à la situation antérieure ne serait réalisable qu'au prix de désavantages que l'on ne saurait raisonnablement exiger de lui ».

promesses faites, à son égard, par la personne publique. Autrement-dit, les mêmes préoccupations relatives à la protection de la confiance légitime en matière de retrait et d'abrogation, gouvernent le régime de la faculté de l'administration de revenir sur ses promesses. En somme, le principe de protection de la confiance légitime encadre l'essentiel de l'action administrative en Allemagne à chaque fois que celle-ci est susceptible de contrarier les attentes légitimes d'un citoyen normal. Monsieur Mouzouraki insiste sur le fait que : « le droit allemand, afin de résoudre le conflit entre les exigences contradictoires s'attachant, d'une part, à la stabilité des situations créées par des actes administratifs réguliers et, d'autre part, à l'adaptation de ceux-ci aux nouvelles données, accorde la primauté à la première [...] Toutefois, il importe de noter que, même dans les matières dans lesquelles il se dessine un fort besoin d'adaptation des actes administratifs aux nouvelles données, comme, par excellence, en droit de l'environnement, la confiance du bénéficiaire de l'acte est suffisamment protégée⁹⁰⁹ ». Outre le législateur et l'administration, les principes de sécurité juridique et de confiance légitime envahissent également la sphère juridictionnelle, voire jurisprudentielle. Ainsi, il ressort de la remarquable étude de Monsieur Mouzouraki à ce sujet, que le juge allemand prend en compte ces deux principes, lorsqu'il y a lieu de le faire, à l'occasion des différents contentieux. Il en est ainsi de l'intangibilité des effets produits par les lois ou les règlements déclarés invalides. Monsieur Mouzouraki explique que, d'une part, lorsque les lois et les règlements sont déclarés nuls, cette nullité ne remet pas en cause la validité des actes à qui la norme annulée a servi de base légale, en vertu de l'application combinée des articles 183 et 47§5 du code des tribunaux administratifs, d'autre part, le principe de confiance légitime peut servir de fondement pour que le juge autorise l'administration de ne pas revenir sur une situation née à la suite d'un acte annulé, notamment en limitant dans le temps ses annulations.

Enfin, en ce qui concerne les revirements de jurisprudence, bien qu'une partie de la doctrine allemande soit hostile⁹¹⁰ à leur appliquer le principe de protection de la confiance légitime, il n'en demeure pas moins un fil conducteur d'un régime jurisprudentiel transitoire. La jurisprudence ne rejetait pas catégoriquement le principe de confiance légitime en la

⁹⁰⁹ P. Mouzouraki, op. cit. p. 124.

⁹¹⁰ Selon M. Mouzouraki, si une partie de la doctrine refusait l'application du principe de confiance légitime au revirement de jurisprudence, ce refus n'avait pas toujours la même justification. En effet, d'une part, il y a les auteurs qui estiment que la jurisprudence n'a pas la même fonction que la loi et partant elle n'est point soumise à la règle de la non-rétroactivité. D'autres auteurs y voient une forme de déni de justice puisque le requérant à l'initiative du revirement ne pourrait en bénéficier. En fin, il y a ceux qui estiment que le juge doit, à travers un effort pédagogique, annoncer à l'avance son souhait de procéder à l'abandon de la solution jurisprudentielle jusque-là adoptée. (pp. 262-268).

matière ; en effet, par une décision du 16 décembre 1981 la Cour constitutionnelle fédérale, à l'occasion de changement de régime jurisprudentiel d'octroi de la carte d'expatrié, avait estimé que, lorsqu'elle voulait retirer cette carte aux personnes qui n'ont plus la qualité d'expatrié au vu de la nouvelle jurisprudence, l'administration devait agir sans pour autant nier toute valeur en la matière au dit principe. Ainsi, comme le souligne Monsieur Mouzouraki au sujet de cette décision : « Dans cette espèce, la Cour constitutionnelle fédérale a donc recouru à des règles de droit matériel, précisément à celles sur la révocation des actes administratifs, pour protéger la confiance des intéressées dans une jurisprudence se rapportant aux conditions d'obtention d'un acte administratif⁹¹¹ ».

Il ressort que le droit du contentieux administratif allemand, bien qu'il reconnaisse à la fois le principe de sécurité juridique et le principe de confiance légitime, donne une plus grande application au second, laissant au premier le rôle d'un principe matriciel étant donné sa portée générale. Cela tient à la particularité du droit Allemand ; en effet, comme le souligne Monsieur M. Fromont : « ce second principe (confiance légitime) est celui qui est le plus souvent invoqué, car seul il permet de faire intervenir une dimension subjective qui est tout à fait capitale dans un système juridique qui met l'accent plus sur les situations individuelles des partenaires de l'administration que sur la mission de défense et de promotion de l'intérêt public qui incombe à cette dernière⁹¹² ».

2 - Les droits des pays du groupe allemand

Dans son rapport sur le concept de confiance légitime en droit suisse, Madame A. Morin estime que l'article 3 du code civil suisse relatif à la bonne foi traite de la confiance légitime ; en effet, il est écrit : « La bonne foi est donc une confiance infondée dans l'existence d'une certaine situation juridique. L'article 3 indique comment savoir si une telle confiance existe et mérite protection. Il constitue par conséquent une règle générale consacrée au concept de confiance légitime, valable pour l'ensemble du droit privé [...] mais aussi pour le droit public, dans la mesure où aucun intérêt public ne s'y oppose⁹¹³ ». La rencontre entre la confiance légitime et la bonne foi, notamment, lorsqu'il s'agit de traiter d'une confiance infondée. Pour Madame Morin, le principe de la confiance [...] s'applique lorsqu'une personne croit à tort avoir reçu une certaine manifestation de volonté d'une autre personne, parce qu'elle donne à sa déclaration ou à son comportement un sens différent de celui que

⁹¹¹ Op. cit. p. 270

⁹¹² M. Fromont, op. cit. p. 262.

⁹¹³ A. Morin, La confiance légitime en droit suisse des contrats. In la confiance légitime et l'estoppel. p. 377.

celle-ci voulait réellement lui conférer⁹¹⁴ ». Dans son analyse, l'auteur estime qu'il ressort de l'article 2 du code civil suisse une sanction au comportement déloyal de la partie qui a induit en erreur son cocontractant ; en effet, l'auteur considère que : « on reconnaît que le principe de la confiance se rapporte à l'article 2, car il sanctionne la création par la partie à laquelle il est opposé de l'apparence fallacieuse d'une certaine volonté juridique et concrétise de la sorte l'interdiction du comportement contradictoire ». La responsabilité fondée sur la bonne foi légitime en droit suisse constitue une source de responsabilité pour violation de la confiance, celle-ci permet à tout justiciable de recourir au juge, combien même il ne pourrait pas se prévaloir d'un régime protecteur de droit commun ; en effet, cette responsabilité fondée sur la violation de la bonne foi légitime, proche du concept de la protection de la confiance légitime, est «une institution juridique autonome, qui permet notamment à une personne de former une prétention contre une autre personne alors même qu'elle ne peut ni se prévaloir d'un contrat, ni invoquer les règles de la responsabilité civile ou de la gestion d'affaire sans mandat⁹¹⁵». L'auteur démontre, exemples à l'appui, la ressemblance entre le principe de bonne foi en droit suisse et le principe de confiance légitime. Il en est ainsi lorsqu'il y a violation d'un devoir précontractuel. Pour ce qui est du droit public, le juge suisse fait une large application du principe de confiance légitime à partir du couplage du principe de bonne foi au principe de sécurité juridique. Comme le relève, Madame S. Calmes en droit Suisse : « le rapport étroit entre protection de la confiance légitime et sécurité juridique peut également être déduit de la multitude de décisions qui font apparaître le principe de bonne foi – souvent relié à la protection de la confiance légitime – couplé au principe de sécurité juridique. Le grief fréquent, en vertu duquel l'administration viole le principe de sécurité juridique et le principe de bonne foi, indiquerait, en droit suisse, les deux piliers principaux du principe de protection de la confiance légitime⁹¹⁶ ». Il en ressort que, pour Madame S. Calmes, tout changement imprévisible et toute rétroactivité sont une violation de la sécurité juridique et de la bonne foi à partir du moment qu'ils portent atteinte à la confiance légitime. Toutefois, Madame S. Calmes, pousse l'analyse de la relation entre ces différents principes pour conclure qu'il ressort de la jurisprudence constitutionnelle de la cour fédérale Suisse que le principe de confiance légitime découle de l'article 4 de la constitution Suisse relatif à l'égalité juridique ; en effet, l'auteur souligne que « en déduisant le principe de confiance légitime directement de cet article 4, sans mentionner les maillons intermédiaires de la sécurité juridique – ou de la bonne foi – la protection de la confiance légitime deviendrait ainsi un principe constitutionnel

⁹¹⁴ A. Morin, op. cit. p. 399.

⁹¹⁵ A. Morin, op. cit. p. 400.

⁹¹⁶ S. Calmes, op. cit. p. 175.

autonome des théories citées⁹¹⁷ ». Ce lien intime de la confiance légitime avec le principe de bonne foi influence l'issue du litige en cas de base de confiance irrégulière. Ainsi, s'il s'avère que le justiciable était de mauvaise foi, il n'y a pas lieu à protéger la prétendue confiance.

B – Le groupe anglais (La Grande-Bretagne, Irlande, Danemark)

1 - La Grande-Bretagne

En Grande-Bretagne, il n'existe pas, à vrai dire un principe de protection de confiance légitime, du moins de manière expresse ; en effet, le droit britannique ne consacre expressément aucun principe de sécurité juridique ou de confiance légitime. Néanmoins, si l'expression directe est absente, l'esprit de ces deux principes n'en demeure pas moins omniprésent pour protéger les citoyens et guider l'action des pouvoirs publics, notamment les autorités administratives. Il en ressort que le droit britannique arrive au même mode de protection équivalent mais à travers d'autres institutions juridiques⁹¹⁸. Il en est ainsi de la notion de « legitimate expectations » qui signifie « attentes légitimes ». Peu après la consécration du principe de confiance légitime en Allemagne, le juge britannique a entamé lui aussi sa reconversion de juger sous le sceau de l'équité. En 1964, dans sa célèbre décision de la chambre des lords *Ridge v/ Baldwin*, le lord Reid insiste sur l'obligation pour l'administration de respecter la justice naturelle (comprendre l'équité) à partir du moment que son action serait susceptible d'affecter les droits des individus. En 1969, le concept de legitimate expectations a été introduit par le Lord Denning dans l'affaire *Schmidt v/ Secretary of State for Home Affairs*. Le Lord Denning considérait que les étudiants étrangers, à l'égard de qui l'administration peut refuser de renouveler le titre de séjour, ne disposent d'aucune attente légitime à ce que l'administration revienne sur sa décision. Trois ans plus tard, en 1972, la cour d'appel avait décidé, concernant une commune qui a augmenté les licences de taxi en violation de ses propres promesses, que celle-ci devait agir loyalement vis-à-vis des personnes concernées⁹¹⁹. Depuis, il est constant que les engagements et les promesses faites par l'administration aux administrés lui sont opposables. Comme le souligne Madame G. Cartier : « l'autorité administrative qui s'engage expressément à agir dans un sens ou d'une

⁹¹⁷ S. Calmes, op. cit. p. 204.

⁹¹⁸ Comme le rapporte M. Mouzouraki, le professeur P. Craig estime que le concept de sécurité juridique, qui fonde les solutions du droit européen et des droits de l'Europe continentale, présente une parenté évidente avec la conception formelle de la rule of law et l'intérêt qu'attache cette règle à l'autonomie de l'individu et à sa possibilité de programmer sa vie. Ainsi, le fait de protéger les attentes légitimes des individus par les principes du droit administratif signifie satisfaire aux exigences de prévisibilité qui sont inhérentes à la rule of law. Cité par Mouzouraki, op. cit. p. 584, note de bas de page n° 87.

⁹¹⁹ J. Schwarze, op. cit. p. 950.

manière donnés risque fort de créer, chez l'administré visé par l'engagement, une attente légitime voulant que l'autorité respecte sa parole⁹²⁰ ». Pour le professeur J. Schwarze : « Les dicta dans lesquels le concept de legitimate expectations a été appliquée caractérisent par une certaine ambiguïté. Ainsi, on ne voit pas toujours clairement si l'expectative se rapporte uniquement à l'audition loyalement octroyée en tant que telle, ou si elle se rapporte également au-delà, à l'obtention de l'avantage poursuivi⁹²¹ ». Ainsi, il est établi dans la jurisprudence anglaise que les promesses des personnes publiques les engagent à chaque fois qu'elles créent des attentes légitimes chez leurs destinataires. Il en était ainsi en 1987 dans une affaire au sujet du régime juridique des écoutes téléphoniques, où la justice a considéré que : « les déclarations expresses et répétées du Ministre de l'Intérieur selon lesquelles il n'autoriserait l'interception d'appels téléphoniques que si des critères précis étaient respectés peuvent créer, chez les administrés, une attente légitime voulant que seuls ces critères seraient utilisés à cette fin ⁹²² ».

Aujourd'hui, le principe de confiance légitime et plus globalement celui de la sécurité juridique ne sont plus des inconnus du droit anglais. Demeure la question de l'origine de cette consécration ; s'agit-il d'une influence du droit européen ou d'une pure création anglaise équivalente. Pour Monsieur E. Carpano : « il est difficile d'apporter la preuve certaine d'une incidence directe du droit communautaire sur le droit administratif anglais en la matière. L'intégration de ce principe en droit anglais n'est pas, il est vrai, le résultat d'une confrontation directe du droit anglais avec le droit communautaire [...] Le principe de confiance légitime ferait partie de ces principes juridiques parallèles à ceux du droit communautaire qui ont fait leur apparition en droit administratif anglais [...] le droit communautaire a, si ce n'est servi de modèle, au moins constitué un stimulant dans sa promotion⁹²³ ». Prolongeant la même analyse, Monsieur M. Fromont estime que : « Le droit anglais a développé depuis une vingtaine d'années la protection des attentes légitimes (legitimate expectations). Mais bien que cette nouvelle jurisprudence soit née sous l'influence de la CJCE [...] elle ne se rattache pas au principe de sécurité juridique, mais plutôt au principe de loyauté (fairness) qui est plus familier aux juristes anglais⁹²⁴ ».

Pour ce qui est de sa portée, Monsieur P. Mouzouraki, estime que le principe des attentes légitime ne confère aux administrés qu'une protection procédurale ; en effet, celui-ci

⁹²⁰ G. Cartier, La théorie des attentes légitimes en droit administratif. RDUS 1992, n°23, p. 80.

⁹²¹ Op. cit. p. 950.

⁹²² Affaire Secretary of State for the Home Department. Cité par G. Cartier, op. cit. p. 82.

⁹²³ E. Carpano, Etat de droit et droits européens. Edition L'Harmattan 2005, pp. 484-485.

⁹²⁴ M. Fromont, Droit administratif des Etats européens, op. cit. p. 267.

considère que : « il n'était pas sûr que le principe des attentes légitimes pouvait conférer au particulier une protection au fond, à savoir que, dans le cas où celui-ci pouvait s'attendre à ce qu'il obtienne un bénéfice, l'administration devrait honorer ses attentes, sauf si elle pouvait se prévaloir des raisons prépondérantes d'intérêt général s'y opposant⁹²⁵ ».

Outre la théorie des attentes légitimes, le droit britannique reconnaît une autre institution qui n'est pas sans lien avec le principe de protection de la confiance légitime. Il s'agit du principe de l'estoppel, celui-ci, issu du droit des contrats, s'applique également en droit administratif. Ce principe peut se présenter comme l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui ; en effet, pour le professeur Schwarze, le principe de l'estoppel signifie que : « celui qui agit contractuellement en se fiant à un état de fait voit sa confiance protégée à l'encontre de celui qui a fixé cet état de fait ». Toutefois, dans un arrêt de 2002, la chambre des Lords, comme le relevait Monsieur P. Mouzouraki, a : « écarté le principe de l'estoppel du champ d'application du droit public, en estimant que le droit public avait déjà absorbé tout ce qui était utile des valeurs morales qui sous-tendaient ce principe et qu'il était temps de se tenir sur ses propres pieds⁹²⁶ ».

Toutefois, le principe des attentes légitimes du droit britannique demeure secondaire vis-à-vis du principe de légalité, notamment lorsqu'il s'agit d'un acte administratif irrégulier dont le retrait est possible à tout moment. Seuls les actes réguliers pris dans un domaine qui ne relève pas du pouvoir discrétionnaire de l'administration peuvent fonder une attente légitime. Néanmoins, cette solution commence à montrer ses limites, essentiellement grâce à la jurisprudence de la CEDH. Celle-ci fait en sorte que le retrait de tel acte ne soit plus automatique et qu'il ne serait possible qu'après un contrôle des intérêts en présence, à savoir d'une part, l'intérêt de l'administré et d'autre part, celui de la collectivité.

2- La confiance légitime dans les droits des autres Etats du groupe anglais

Il s'agit des Etats, dont le droit est influencé en grande partie par le droit anglais. Etudier le principe de confiance légitime sous cet angle est une chose qui n'est pas aisée, étant donné que le dit principe n'est pas un pur produit anglais. On peut parler, à ce sujet, d'un phénomène d'influence en cascade. Il en est ainsi du droit Irlandais ; en effet, celui-ci, sous l'influence à la fois du droit anglais et du droit communautaire a eu ses premiers contacts avec le principe de sécurité juridique et de confiance légitime. Ainsi, à l'instar du droit anglais, son

⁹²⁵ P. Mouzouraki, op. cit. p. 585.

⁹²⁶ P. Mouzouraki, op. cit. p. 587.

homologue irlandais ne connaissait pas non plus ni le principe de confiance légitime ni celui de la sécurité juridique. Comme le souligne M. Carpano : « la Cour suprême d'Irlande a en effet consacré dans l'affaire Webb v/ Irland le principe de legitimate expectations, la doctrine considère que la consécration de ce principe en droit irlandais résulte de la double influence du droit communautaire et de la décision de la House of Lords dans l'affaire GCHQ 1985 dans laquelle Lord Diplock reconnaissait expressément l'inspiration communautaire du principe⁹²⁷ ».

Pour sa part, le professeur J. Schwarze, a une opinion nuancée sur la question ; en effet, il laisse penser qu'il n'existe pas un vrai principe de confiance légitime en droit Irlandais, néanmoins son esprit caractérise le raisonnement du juge irlandais dans certaines décisions. A ce sujet, le professeur J. Schwarze explique que la Cour Suprême, à l'occasion d'une affaire relative à une loi déclarée anticonstitutionnelles, voulait régler la question de la portée de cette inconstitutionnalité dans le temps et ses conséquences. A cette occasion, écrit le professeur J. Schwarze : « la Cour Suprême Irlandaise s'est référée en bloc à la motivation de la CJCE dans la deuxième affaire Defrenne, et en particulier [...] au point n°74⁹²⁸ ». Rappelant que dans ce fameux point n° 74, la CJCE avait constaté que dans l'ignorance du niveau global auquel les rémunérations auraient été établies, des considérations impérieuses de sécurité juridique tenant à l'ensemble des intérêts en jeu, tant publics que privés, empêchent en principe de remettre en cause les rémunérations pour des périodes passées⁹²⁹ .

Le droit Ecossais, influencé par le droit anglais, ne connaît pas le principe de protection de la confiance légitime, mais a développé une institution qui se rapproche des institutions d'origines anglaises, à savoir l'estoppel et l'attente légitime. En effet, en droit Ecossais, c'est la doctrine of personal bar qui fait office d'équivalence. Dans son rapport de synthèse relatif au principe de confiance légitime en droit comparé, Madame B. Fauvarque-Cosson, au sujet de cette institution telle que décrite par le rapporteur écossais, écrit que : « L'inconsistency et l'unfairness constituent les concepts clés de la doctrine of personal bar. L'auteur explique que des parallèles peuvent être faits avec l'estoppel, mais que ces analogies possèdent leurs limites dans la mesure où [...] le droit anglais a multiplié les cas spécifiques

⁹²⁷ E. Carpano, op. cit. p. 484.

⁹²⁸ J. Schwarze, op. cit. p. 973.

⁹²⁹ CJUE, 8 avril 1976, Defrenne II, aff. 43/75, Recueil, 1976, p. 455.

d'estoppel avec leurs règles propres [...] la doctrine du personal bar se rapproche de la théorie de l'abus de droit⁹³⁰ ».

C– Le groupe français

Etant donné que le droit français fera l'objet d'un paragraphe à part, nos présents développements traiteront de la confiance légitime uniquement dans les autres pays de ce groupe. Force est de constater qu'une partie de ces pays, bien qu'inspirés par le droit français, sont devenus plus proche du groupe Allemand, justement à travers la consécration de la confiance légitime.

1– Le droit Espagnol

Jusqu'en 1978, le droit espagnol, influencé par le droit français, n'avait aucun principe ou notion juridique équivalente à la confiance légitime ou à la sécurité juridique. Néanmoins, les principes de loyauté et de bonne foi servaient de fondement pour la protection des individus. Sous la pulsion du droit administratif allemand, la constitution Espagnole de 1978 consacre le principe de sécurité juridique comme principe inhérents à l'Etat de droit ; en effet, pour M. Francisco Javier Amoros Dorda : « la seguridad jurídica, además es un principio recogido expresamente en nuestra vigente constitución española de 27 de diciembre de 1978, que garantiza en su artículo 9, número 3, los principios de legalidad, jerarquía normativa, publicidad de las normas, irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, seguridad jurídica, responsabilidad e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos⁹³¹ ». A partir du principe de sécurité juridique, désormais principe constitutionnel, la jurisprudence espagnole a déduit la consécration de la protection de la confiance légitime dans l'ordre juridique espagnol. Comme le soulignent les professeurs Alonso Garcia et Maria Consuelo⁹³², le principe de sécurité juridique a servi de fondement à la consécration de la responsabilité pécuniaire de l'Etat, et à partir de là, la jurisprudence en a déduit l'existence d'un principe de confiance légitime au profit des administrés. Pour la doctrine espagnole, le principe de protection de la confiance légitime constitue l'une des trois composantes du principe global de la sécurité juridique. Les deux

⁹³⁰ B. Fauvarque-Cosson, La confiance légitime et l'estoppel. Rapport de synthèse. In Electronic Journal of Comparative Law, vol. 11.3. Décembre 2007.

⁹³¹ F.J. Amoros Dorda, Seguridad Jurídica, in seminario SOCINFO, Madrid 9 mai 2012.

⁹³² A. Garcia, M. Consuelo, la responsabilidad patrimonial del Estado-legislador, Martial Pons, Madrid 1999, p. 109.

autres étant la publicité et les procédures d'élaboration prédéterminées⁹³³. Le droit espagnol ne s'est pas totalement détaché de l'influence française, notamment en ce qui concerne le régime des actes administratifs ; en effet, les procédures d'annulation et de révocation en droit espagnol varient selon que l'acte concerné est, ou non, créateur de droit.

2- Le droit belge

Bien qu'il n'existe aucun principe de protection de la confiance légitime en droit belge, justice et doctrine n'ignore rien de celui-ci. En effet, la doctrine belge considère que la confiance légitime trouve une protection équivalente à travers la notion de l'apparence. Ainsi, dans leur contribution au congrès de l'Académie internationale de droit comparé en 2006, Sophie Stijns et Ilse Samoy soulignaient qu'il : « existe de nombreuses dispositions dans le code civil qui attribuent des effets juridiques à des situations apparentes [...] la présence de ces applications légales disparates, a inspiré la doctrine et la jurisprudence et elles ont le mérite d'avoir tenté de développer une théorie d'une portée générale [...] Ainsi, la doctrine contemporaine a-t-elle tenté de dégager une théorie générale de la confiance légitime, analysant systématiquement ses conditions, son fondement et ses effets⁹³⁴ ». Les deux auteurs relèvent que la doctrine belge désigne la même situation juridique de confiance légitime ou d'apparence selon qu'elle est du courant néerlandophone ou du courant francophone⁹³⁵.

Néanmoins, dans un arrêt du 27 mars 1992, la Cour de cassation belge s'est bien inspirée du juge communautaire pour consacrer un principe de confiance légitime ; en effet, le juge belge avait dit pour droit dans cet arrêt : « les principes généraux de bonne administration comportent le droit à la sécurité juridique implique notamment que le citoyen doit pouvoir faire confiance à ce qu'il ne peut concevoir autrement que comme étant une règle fixe de conduite et d'administration ; qu'il s'ensuit qu'en principe, les services publics sont tenus d'honorer les prévisions justifiées qu'ils ont fait naître dans le chef du citoyen⁹³⁶ ». Le régime juridique de la protection de la confiance légitime est identique à celui appliqué par le juge communautaire. Ainsi, Monsieur P. Marchal note que : « n'est pas recevable, le moyen

⁹³³ Le professeur Amoros Dorda considère que : « podemos considerar que los elementos integrantes básicos del principio de seguridad jurídica son tres: a) la publicidad de las normas y los actos jurídicos; b) la existencia de una forma prefijada para ellos y c) la estabilidad de las situaciones y posiciones jurídicas consolidadas. De la conjunción de esos tres factores resulta esa cualidad del ordenamiento que hace que los operadores jurídicos y los ciudadanos sepan a qué atenerse ». In Seguridad jurídica op. Cit.

⁹³⁴ S. Stijns et I. Samoy, La confiance légitime en droit des obligations belge. In La confiance légitime et l'estoppel sous la direction de B. Fauvarque-Cosson, p. 167, op. cit.

⁹³⁵ S. Stijns et I. Samoy, op. cit. p. 170.

⁹³⁶ Cité par Monsieur Bruno Peeters, La relation entre le principe de sécurité juridique et le principe de l'égalité : un processus d'Echternach. p. 4. (Document en accès libre sur le web).

pris de la violation du principe de légitime confiance, dès lors que le requérant n'invoque pas de manière précise les trois conditions qui devraient être réunies pour qu'il soit applicable, à savoir une erreur de l'administration, une attente légitimement suscitée à la suite de cette erreur et l'absence d'un motif grave permettant de revenir sur cette erreur⁹³⁷ ».

Dans son rapprochement entre la théorie de l'apparence et la protection de la confiance légitime, un auteur a pu écrire que : « la notion d'apparence comprend ainsi deux éléments essentiels : un élément matériel ou objectif, à savoir l'existence d'une situation de faits juridiques ostensible, apparente, et un élément psychologique ou subjectif, à savoir la croyance dans le chef d'une ou de plusieurs personnes à la réalité juridique de cette situation de fait⁹³⁸ ».

Comme nous l'avons déjà examiné plus haut le principe de confiance légitime en droit belge découle du principe de sécurité juridique qui lui-même est rattaché aux principes de bonne administration. C'est ce que relève Amaryllis Bossuyt, qui estime que selon : « la Cour de cassation, les principes généraux de bonne administration qui s'imposent notamment à l'Administration des finances et à l'office national de sécurité sociale comportent le droit à la sécurité juridique et le principe de confiance [...] Le droit à la sécurité juridique implique notamment que le citoyen doit pouvoir faire confiance à ce qu'il ne peut concevoir autrement que comme une règle fixe de conduite et d'administration, et que les services publics sont, en principe, tenus d'honorer les prévisions justifiées qu'ils font naître en son chef⁹³⁹ ». Monsieur V. Sepulchre, pour sa part, définit le principe de confiance légitime en droit belge en ces termes : « selon ce principe, la croyance légitime du sujet de droit doit être honorée lorsque ce dernier a agi en fonction de cette croyance et lorsque cette croyance est basée sur un acte légal de l'administration : ainsi, l'administration doit donc respecter les accords qu'elle donne et les décisions qu'elle prend sur une question de fait⁹⁴⁰ ».

⁹³⁷ P. Marchal, Répertoire pratique du droit belge, Principes généraux du droit. Bruylant 2014.

⁹³⁸ R. Kruithof, La théorie de l'apparence dans une nouvelle phase. RCJB 1991, n° 4 (cité par Stijns et Samoy, op. cit.).

⁹³⁹ A. Bossuyt, Les principes généraux du droit en droit administratif et droit public, dans la jurisprudence de la Cour de cassation, in Au-delà de la Loi, Actualités et évolutions des principes généraux du droit. Anthemis 2006 p. 179.

⁹⁴⁰ V. Sepulchre, Droits de l'homme et libertés fondamentales en droit fiscal, op. cit. p. 56.

Paragraphe 2: L'application de la protection de la confiance légitime par le juge communautaire

La reconnaissance du principe de confiance légitime dans l'ordre juridique communautaire est intervenue bien après celle du principe de sécurité juridique. En effet, dès 1961, la Cour de justice fondait sa jurisprudence sur le principe de sécurité juridique déduit de la qualité d'Etat de droit de la communauté, celui de la confiance légitime, en revanche, n'a été reconnu expressément par la cour qu'ultérieurement. C'est à partir des années soixante-dix⁹⁴¹ que la confiance légitime a fait son apparition dans la jurisprudence communautaire. La reconnaissance du principe de confiance légitime s'est faite progressivement ; au début, il a été consacré comme une règle supérieure de droit protégeant les particuliers⁹⁴², puis comme un principe fondamental de la communauté⁹⁴³, et enfin, comme un principe général⁹⁴⁴. Il en découle que le principe de protection de la confiance légitime constitue un principe général du droit communautaire que les actes des institutions communautaires doivent respecter sous peine d'illégalité. L'avocat général Monsieur Ph. Léger, dans ses conclusions sous l'affaire Belgique c/ Commission en 2006, estime que : « au regard de son application (le principe de protection de la confiance légitime) dans la jurisprudence, nous pouvons dire que la violation de ce principe est admise lorsque les conditions suivantes se trouvent satisfaites. Tout d'abord, il doit exister un acte ou un comportement de l'administration communautaire susceptible d'avoir généré cette confiance ; en effet, selon la jurisprudence, le principe de protection de la confiance légitime ne peut être invoqué à l'encontre d'un acte communautaire

⁹⁴¹ Néanmoins, M. Denys Simon estime que : « la première mention explicite du principe apparaît dans un arrêt du 13 juillet 1965 sous la forme de l'appréciation de la situation de confiance à laquelle la requérante pouvait prétendre ». La confiance légitime en droit communautaire, in Mélanges Alfred Rieg, p. 735.

⁹⁴² CJUE, 13 mai 1975 CNTA c/ Commission. Aff. 74/74 : « la commission, en n'ayant pas assorti le règlement de mesure transitoires protégeant la confiance que l'opérateur pouvait légitimement avoir dans la réglementation communautaire, a violé une règle supérieure de droit et engagé ainsi la responsabilité de la communauté ».

⁹⁴³ CJUE, 14 octobre 1999 Atlanta c/ Communauté Européenne. Aff. C 104/97 : « le Tribunal a exactement rappelé, au point 55 de l'arrêt attaqué, la jurisprudence constante selon laquelle le principe de la protection de la confiance légitime s'inscrit parmi les principes fondamentaux de la communauté, mais que les opérateurs économiques ne sont pas justifiés à placer leur confiance légitime dans le maintien d'une situation existante qui peut être modifiée dans le cadre du pouvoir d'appréciation des institutions communautaires, et cela spécialement dans un domaine comme celui des organisations communes des marchés, dont l'objet comporte une constante adaptation en fonction des variations de la situation économique ».

⁹⁴⁴ CJUE, 19 mai 1992 Mulder c/ Conseil et Commission. Aff. Jointes C 104/89 et C 37/90 : « A cet égard, il convient de rappeler, en premier lieu, qu'ainsi que la Cour l'a déclaré dans les arrêts du 28 avril 1988, Mulder et von Deetzen, précités, ces règlements ont été arrêtés en violation du principe de la confiance légitime, qui est un principe général de droit communautaire, de rang supérieur, visant la protection des particuliers ».

que dans la mesure où la communauté elle-même a créé au préalable une situation susceptible d'engendrer cette confiance⁹⁴⁵ ».

Comme le relève Monsieur J. Schwarze : « le principe de protection de la confiance légitime a acquis une importance particulière dans le cadre de la jurisprudence qui a commencé à se développer au début des années soixante-dix, à propos du problème du pseudo rétroactivité de certaines réglementation [...] il est actuellement considéré par la cour comme principe fondamental de la communauté faisant partie de l'ordre juridique de la communauté⁹⁴⁶ ». La consécration expresse de la confiance légitime remonte à l'arrêt Commission c/ Conseil rendu en 1973 ; en effet, le juge communautaire estime dans cette affaire que le conseil ayant pris un engagement à l'égard des fonctionnaires ne peut pas y revenir dessus sans violer le principe de confiance légitime. La Cour avait estimé que : « si l'emploi de ces termes, joint à la mention qu'il y a lieu de tenir compte des deux indicateurs, montre la volonté du conseil de ménager une marge d'appréciation entre ces chiffres, cette expression n'a cependant pas la portée extensive que la défenderesse lui attribue et qui, d'ailleurs, viderait de bon sens l'effet obligatoire constaté ci-dessus ; Qu'il en résulte qu'en fixant les augmentations prévues aux articles 1 à 4 du règlement attaqué au-dessous du niveau résultant de l'indicateur inférieur [...] le conseil a violé la règle de la protection de la confiance légitime [...] Que, toutefois, en vue d'éviter une discontinuité dans le régime des rémunérations, il y a lieu de faire application de l'article 174§2, du traité de façon que les articles annulés continuent de produire effet jusqu'au moment où le conseil aura édicté, consécutivement au présent arrêt, un nouveau règlement⁹⁴⁷ ». (Aff. 81/72) confirmé après par l'arrêt CNTA c/ Commission (Aff. 74/74). D'autres arrêts du juge communautaire ont confirmé cette tendance ; en effet, dans son arrêt Töpfer, la CJUE a estimé que : « le moyen tiré de la violation de ce principe (confiance légitime) est recevable dans le cadre d'un recours en vertu de l'article 173, le principe en question faisant partie de l'ordre juridique communautaire, de sorte que sa méconnaissance constituerait une violation du traité ou de toute règle de droit relative à son application⁹⁴⁸ ». Cette consécration du principe de confiance légitime était le résultat, de l'influence des droits des Etats membres, notamment, par le biais des avocats généraux qui, dans leurs conclusions, proposent à la cour des solutions fondées sur des raisonnements juridiques imprégnées de leurs systèmes juridiques. La Cour de Justice,

⁹⁴⁵ CJUE Belgique et Forum 187 c/ Commission. Conclusions de l'avocat général M. Philippe Léger du 9 février 2006.

⁹⁴⁶ J. Schwarze, op. cit. p. 919.

⁹⁴⁷ CJUE 5 juin 1973, Commission c/ Conseil. Aff. 81/72 Recueil 1973 p. 575.

⁹⁴⁸ CJUE 3 mai 1978 Töpfer c/ Commission. Aff. 112/77 Recueil 1978 p. 1019.

dans sa fonction normative, a fait en sorte d'élaborer un droit communautaire qui découle des systèmes juridiques des Etats membres. Ce travail comparatiste de ces systèmes aboutit à l'adoption de la solution la plus progressiste. L'avocat général Lagrange le souligna lors de ses conclusions à l'occasion de l'arrêt *Hoogovens c/ Haute Autorité* : « Ainsi, la jurisprudence de la Cour, dans la mesure, très large, où elle fait appel aux droits nationaux pour dégager les règles de droit relatives à l'application du traité, ne se contenterait pas de puiser ses sources dans une sorte de moyenne plus ou moins arithmétique entre les diverses solutions nationales, mais choisirait dans chacun des pays membres celles qui, compte tenu des objets du traité, lui paraîtraient les meilleures ou, si l'on veut employer ce mot, les plus progressistes ». La Cour de Justice considère que la confiance légitime est un droit appartenant à tout particulier dans le chef de qui l'administration a créée des espérances fondées. Le principe de confiance légitime, combiné au principe de la sécurité juridique, occupe une place prépondérante en droit communautaire ; en effet, vu son rang de principe général de droit communautaire, il s'impose à toutes les institutions communautaires. Pour Monsieur J. Schwarze : « le principe de confiance légitime [...] au-delà de l'action administrative, lie également le législateur communautaire ». Autrement-dit, le principe de confiance légitime peut être considéré comme un principe des droits administratif et constitutionnel de la communauté européenne. En ce qui concerne son application aux actes administratifs, le principe de confiance légitime a fixé la doctrine de la cour de justice, notamment en matière de disparition des actes administratifs. Le juge communautaire, combien même il a été inspiré essentiellement par le juge allemand, a adopté, plus ou moins, une conception assez pragmatique du principe de confiance légitime résultant d'un mélange des jurisprudences européennes en la matière. Il en découle un raisonnement compatible avec les différentes identités juridiques nationales européennes, notamment, en ce qui concerne les conditions d'application du dit-principe. Comme tous les juges nationaux dont la jurisprudence se fonde sur le principe de confiance légitime, le juge communautaire exige une base de confiance, c'est-à-dire, un comportement de la puissance publique ayant fait naître dans le chef du justiciable des espérances fondées. Dans un arrêt du 17 décembre 1992, le tribunal de première instance de l'union européenne (TPI) avait jugé que : « le droit de réclamer la protection de la confiance légitime s'étend à tout particulier qui se trouve dans une situation de laquelle il ressort que l'administration communautaire a fait naître dans son chef des espérances fondées. En revanche, aucun fonctionnaire ne peut invoquer une violation du principe de la confiance légitime, en l'absence d'assurances précises que lui aurait fourni l'administration [...] même si le requérant a obtenu des services de la commission confirmation des droits qu'il revendiquait, un tel engagement n'a pu créer

une situation de confiance légitime, aucun fonctionnaire d'une institution communautaire ne pouvant valablement s'engager à ne pas appliquer le droit communautaire. En effet, des promesses qui ne tiennent pas compte des dispositions statutaires ne sauraient créer une confiance légitime dans le chef de celui auquel elles s'adressent⁹⁴⁹ ».

Dans une autre espèce où le Parlement contestait le fait que le principe de confiance légitime puisse bénéficier à une personne qui ne fait pas partie du personnel, la Cour a estimé que : « Contrairement à cette affirmation du Parlement, il y a lieu de dire que le droit de réclamer la protection de la confiance légitime ne se limite pas au personnel des institutions communautaires, mais s'étend à tout particulier qui se trouve dans une situation de laquelle il ressort que l'administration a fait naître dans son chef des espérances fondées⁹⁵⁰ ». Aussi, dans sa décision Kûhn, la Cour a eu l'occasion de réaffirmer cette exigence en ces termes : « Il convient de constater, en outre, que le principe de la confiance légitime ne peut être invoqué à l'encontre d'une réglementation communautaire que dans la mesure où la Communauté elle-même a créé au préalable une situation susceptible d'engendrer une confiance légitime⁹⁵¹ ».

Le juge communautaire exige une base de confiance suffisamment claire et précise qui découle des actes ou comportements des institutions communautaires. Ainsi, la jurisprudence communautaire a donné lieu à plusieurs sortes de comportements pouvant servir comme base de confiance. En effet, il peut s'agir d'un engagement pris par l'administration communautaire ou ses représentants, c'est ce qui ressort du raisonnement adopté par le TPI à l'occasion de son arrêt Efisol. A l'occasion de cette affaire, dite-Efisol, le tribunal avait estimé que : « le principe de protection de la confiance légitime fait partie de l'ordre juridique communautaire. Le droit de réclamer la protection de la confiance légitime s'étend à tout particulier qui se trouve dans une situation de laquelle il ressort que l'administration communautaire, en lui fournissant des assurances précises, a fait naître dans son chef des espérances fondées. Cependant, lorsqu'un opérateur économique prudent et avisé est en mesure de prévoir l'adoption d'une mesure communautaire de nature à affecter ses intérêts, il ne saurait invoquer le bénéfice d'un tel principe lorsque cette mesure est adoptée⁹⁵² ». Le contentieux de la fonction publique communautaire est extrêmement riche en la matière, dans une affaire portant sur un litige opposant un ancien fonctionnaire à la CJUE son ancien employeur, représentée par le Greffier agissant en tant qu'autorité investie du pouvoir de

⁹⁴⁹ TPIUE, Holtbecker c/ Commission 17 décembre 1992. Aff. T 20/91.

⁹⁵⁰ CJUE, 19 mai 1983 Vassilis Mavridis c/ Parlement européen. Aff. 289/81. Recueil 1983 p. 01731.

⁹⁵¹ CJUE, 10 janvier 1992 Kûhn c/ Landwirtschaftskammer. Aff. C 177/90. Recueil 1992 p. I-00035.

⁹⁵² TPIUE, 16 octobre 1996 Efisol SA c/ Commission. Aff. T 336/94.

nomination (AIPN). Le requérant reproche à la cour de l'avoir débouter de sa demande d'appliquer à ses bulletins de pensions de quatre années les coefficients correcteurs fondés sur le coût de la vie à Bonn au lieu de les établir sur la base du coût de la vie à Berlin devenue, entre temps, la capital de l'Allemagne. En effet, la Cour a estimé que la réclamation était tardive et donc irrecevable. Le requérant saisi le TPIUE en faisant valoir qu'il n'y a pas eu retard puisque les coefficients correcteurs appliqués jusque-là étaient des coefficients provisoires, et dont le Conseil s'était engagé à en fixer la portée de manière définitive. Que dans ce contexte, il a fondé sa confiance légitime sur le dit-engagement du Conseil. Par une ordonnance rendue le 20 janvier 1998, le Tribunal avait estimé qu'à travers les notes infrapaginales des règlements sur lesquels se fondent le requérant, le Conseil s'était uniquement réservé la possibilité de modifier les coefficients correcteurs pour l'Allemagne, sans s'imposer l'obligation de revenir rétroactivement sur la fixation de ceux-ci et de souligner que : « il est de jurisprudence constante qu'un fonctionnaire ne saurait invoquer une violation du principe de la protection de la confiance légitime en l'absence d'assurances précises que lui aurait fournies l'administration [...] le requérant ne saurait prétendre que le Conseil a créé dans son chef une confiance légitime lui permettant d'espérer qu'il pouvait échapper à l'application des délais statutaires susmentionnés⁹⁵³ ». Dans son pourvoi, le requérant avait demandé l'annulation de l'ordonnance du TPI, dans son arrêt la CJUE avait décidé que : « c'est à bon droit que le Tribunal [...] a rappelé qu'un fonctionnaire ne saurait invoquer une violation du principe de la protection de la confiance légitime en l'absence d'assurances précises que lui aurait fournies l'administration. Or [...] l'interprétation proposée par le requérant ne constitue que l'une des significations possibles des dispositions litigieuses. En ce qui concerne l'expression (sans préjudice des décisions que le Conseil est appelé à prendre), il ressort d'une comparaison des différentes versions linguistiques que le Conseil se réserve la possibilité de modifier les coefficients correcteurs. Il s'ensuit donc que, si les règlements [...] n'excluent pas la possibilité que le Conseil adopte de nouveaux coefficients correcteurs avec effet rétroactif, ils ne permettent nullement de considérer une telle hypothèse comme certaine. Dans ces circonstances [...] le Conseil n'a pas créé, dans le chef du requérant, une confiance légitime lui permettant d'espérer qu'il pouvait échapper à l'application des délais statutaires pour former une réclamation⁹⁵⁴ ». Mais pour que le comportement soit fondé, claire et précis, le juge communautaire exige, en outre, que l'auteur du comportement soit habilité à le faire, il en résulte qu'un acte, dont l'auteur agit en dehors

⁹⁵³ TPIUE, 20 janvier 1998 Max Kögler c/ CJCE. Aff. T 160/96. Recueil de jurisprudence, fonction publique 1998, p. I-A-00015 ; p. II-00035.

⁹⁵⁴ CJUE, 25 mai 2000 Max Kögler c/ CJCE. Aff. C 82/98 P. Recueil de la jurisprudence 2000-I-03855.

de ses compétences, ne peut être source de confiance légitime. Le tribunal a pu juger que : « les dispositions d'interprétation de la réglementation de couverture [...] ont été portées à la connaissance et sont accessibles aux fonctionnaires et agents des institutions communautaires. Il s'ensuit que l'administration, en s'abstenant d'attirer l'attention du requérant sur lesdites dispositions d'interprétation, n'a pu faire naître dans son chef une espérance fondée que l'AIPN rembourserait les frais [...] De même, le fait que l'administration n'ait pas engagé de démarches en vue d'agréer la British School comme établissement médical ou paramédical ne saurait constituer, en tant que tel, une violation du principe invoqué⁹⁵⁵ ». À travers ses exemples, il apparaît que le juge communautaire adopte une conception stricte de la notion de base de confiance. Il en est ainsi dans une espèce rendue en 1998 en matière d'aides d'Etat. Il s'agissait en l'occurrence, d'une entreprise allemande ayant contacté, par des lettres personnelles, les membres de la commission en marge d'une procédure de contrôle de compatibilité de l'aide publique accordée à cette entreprise. L'un des membres de la commission répond par lettre que la Commission a approuvé l'aide en question. Le Tribunal avait estimé que : « les autorités allemandes, seul interlocuteur institutionnel de la commission, devaient nécessairement avoir conscience que celle-ci n'avait pas approuvé le projet (d'aide d'Etat). Il en va de même pour Preussag, qui aurait dû d'autant plus s'assurer, auprès de ces autorités, de l'autorisation de ce projet qu'elle avait connaissance de la position négative de la commission à son égard. Dans ces conditions, la réponse apportée, dès le 21 décembre 1994, par la lettre signée par M. Bangemann [...] n'était pas de nature à donner à la requérante l'assurance que la Commission était revenue sur sa position⁹⁵⁶ ». Il arrive, également, que le comportement, base de confiance, prenne la forme de renseignements émanant de l'administration, notamment, en ce qui concerne l'application dans le temps d'un régime juridique donné. En 1977, pour faire face à un surplus de production de lait, un règlement du 17 mai 1977 a institué une période de non-commercialisation pendant cinq ans en contrepartie du paiement d'une prime. En 1984, un autre règlement fut adopté pour fixer un prélèvement supplémentaire sur les quantités de lait livrées qui dépassent une quantité de référence. Celle-ci serait celle de la production de l'année 1981, en principe, mais les Etats membres peuvent adopter celle de 82 ou 83. La défense reprochait à ce dispositif la violation, notamment, de la confiance légitime étant donné qu'il empêche les opérateurs ayant choisi de se soumettre au régime de non-commercialisation de reprendre la production faute, pour eux, de disposer d'une production de référence. La Cour avait jugé qu'un tel opérateur : «lorsqu'il

⁹⁵⁵ TPIUE, 16 mars 1993 Blackman c/ Parlement. Aff. Jointes T 33/89 et T 74/89.

⁹⁵⁶ TPIUE, 31 mars 1998 Preussag Stahl c/ Commission. Aff. T 129/96. Recueil 1998 p. 609.

a, comme en l'espèce, été incité, par un acte de la communauté, à suspendre la commercialisation pour une période limitée [...] peut légitimement s'attendre à ne pas être soumis, à la fin de son engagement, à des restrictions qui l'affectent de manière spécifique en raison précisément du fait qu'il avait fait usage des possibilités offertes par la réglementation communautaire [...] Contrairement aux affirmations de la commission, une telle exclusion totale et permanente, pour toute la durée d'application de la réglementation en matière de prélèvement supplémentaire, qui a pour effet d'empêcher les producteurs concernés de reprendre la commercialisation de lait à la fin de la période de cinq ans, n'était pas prévisible pour ces producteurs au moment où ils prenaient, temporairement, l'engagement de ne pas livrer de lait [...] Un tel effet porte donc atteinte à la confiance légitime que ces producteurs pouvaient avoir dans le caractère limité des effets du régime auquel ils se soumettaient⁹⁵⁷ ».

Dans l'affaire Irish Farmers Association, il était reproché à la Communauté l'adoption de mesures destinées à lutter contre la persistance d'une production de lait excédentaire par le biais, notamment, de la suspension de la production en contrepartie d'une indemnisation. Les demandeurs prétendent qu'ils auraient pu s'attendre, sur le fondement de la législation communautaire en la matière, à ce que la suspension en cause demeure provisoire et accompagnée d'indemnité. Dès lors que la suspension temporaire s'est transformée en réduction définitive, les requérants s'attendaient légitimement à ce que leur perte définitive soit compensées. Dans sa réponse, la Cour de justice⁹⁵⁸ avait estimé que : « Selon une jurisprudence constante de la Cour, dans le domaine des organisations de marchés, dont l'objet comporte une constante adaptation en fonction des variations de la situation économique, les opérateurs économiques ne sont pas justifiés à placer leur confiance légitime dans le fait qu'ils ne seront pas soumis à des restrictions résultant d'éventuelles règles de la politique des marchés ou de la politique de structure. Le principe de la confiance légitime ne peut être invoqué à l'encontre d'une réglementation communautaire que dans la mesure où la Communauté elle-même a créé au préalable une situation susceptible d'engendrer une confiance légitime ». La Cour a estimé, en effet, que l'indemnité était proportionnée à l'effort supporté par les producteurs. Néanmoins, le caractère dégressif de l'indemnité accordée est lié au fait que les efforts des producteurs se réduisent avec le temps, et donc, les producteurs devaient s'attendre à ce que cette indemnité soit abrogée à un moment donné. Il en résulte pour la Cour que : « Au vu des considérations qui précèdent, il convient de constater que les

⁹⁵⁷ CJUE, 28 avril 1988 *Mulder c/ Ministre de l'agriculture et de la pêche* Aff. 120/86. Recueil 1998 p. 2321.

⁹⁵⁸ CJUE, 15 avril 1997 *The Irish Farmers Association c/ Ministre de l'agriculture*. Aff. C 22/94. Recueil 1997 p. I01809.

demandeurs au principal disposaient d'éléments suffisants leur permettant de s'attendre, eu égard, notamment, à la persistance de la situation excédentaire du marché, aux autres mesures successives de réduction ». Un tel raisonnement est réitéré par la Cour dans son arrêt Di Lenardo et Dilexport, en effet, dans cet arrêt, la cour procède à travers un effort de pédagogie qui caractérise sa jurisprudence, à fixer le modèle de l'analyse en ces termes : « Quant à la possibilité de se prévaloir de la protection de la confiance légitime, elle est ouverte à tout opérateur économique dans le chef duquel une institution a fait naître des espérances fondées. Toutefois, lorsqu'un opérateur économique prudent et avisé est en mesure de prévoir l'adoption d'une mesure communautaire de nature à affecter ses intérêts, il ne saurait invoquer le bénéfice d'un tel principe lorsque cette mesure est adoptée [...] De plus, si le principe de protection de la confiance légitime s'inscrit parmi les principes fondamentaux de la Communauté, les opérateurs économiques ne sont pas justifiés à placer leur confiance légitime dans le maintien d'une situation existante qui peut être modifiée dans le cadre du pouvoir d'appréciation des institutions communautaires, et cela spécialement dans un domaine comme celui des organisations communes des marchés, dont l'objet comporte une constante adaptation en fonction des variations de la situation économique⁹⁵⁹ ». En troisième lieu, le juge communautaire exige que la confiance, pour qu'elle mérite protection, soit légitime. Autrement-dit, le requérant qui invoque la confiance légitime doit être de bonne foi. Toute illégalité manifeste et tout fait frauduleux rend toute invocation de la confiance légitime vouée à l'échec. Ainsi, dans une affaire⁹⁶⁰ opposant la Commission à une entreprise italienne au sujet des quotas de production, celle-ci, reprochait à la commission d'avoir calculé ses quotas de production de manière erronée. En effet, elle reproche à la Commission : « de ne pas l'avoir avertie en temps opportun du dépassement de son quota de livraison. De plus, la longue période entre la constatation du dépassement et la décision infligeant une amende lui aurait fait espérer une solution favorable. Dans ces conditions, infliger une amende violerait le principe de la confiance légitime ». Pour sa part, bien que reconnaissant que ces quotas ont été calculés de manière erronée, la Commission a infligé à l'entreprise italienne une amende pour dépassement des dits-quotas, en effet, elle estime que : « elle n'a pas à avertir les entreprises, celles-ci connaissant parfaitement leurs obligations et la sanction de leur non-respect. Par ailleurs, la décision infligeant des amendes a été précédée d'auditions qui ont empêché la naissance de faux espoirs ». La Cour de justice, dans son arrêt, rejette le moyen tiré de la violation de la confiance légitime. Elle estime que : « Ce principe (confiance légitime) ne peut

⁹⁵⁹ CJUE 15 juillet 2004 Di Lenardo et Dilexport c/ Ministre du commerce. Aff. C 37/02 et C 38/02. Recueil 2004-I06911.

⁹⁶⁰ CJUE, 12 décembre 1985 Sideria SpA c/ Commission. Aff. 67/84. Recueil 1985 p. 03983.

en effet être invoqué par une entreprise qui s'est rendue coupable d'une violation manifeste de la réglementation en vigueur ».

Il ressort de cet examen de la jurisprudence des Etats européens et celle du juge communautaire que le principe de confiance légitime, dans son application, est soumis à des conditions strictes dont l'examen relève de l'appréciation souveraine des juges.

Section 2 : La résistance à l'infiltration du droit français par le principe de confiance légitime

Le droit français est un droit basé sur la réalisation de l'intérêt général par le respect de la légalité. Il s'agit d'un droit dont la légalité constitue le socle et le fondement, néanmoins un ensemble d'institutions, inspirées par la sécurité juridique, jouent le rôle d'un contrepoids à la légalité excessive. En effet, dans un droit administratif français fondé tout entier sur l'incarnation et la sauvegarde du bien public, il n'y avait guère de place à la reconnaissance d'un droit des justiciables au respect de leur confiance légitime dans le système. La fidélité absolue à l'intérêt général autoriseraitelle des petites infidélités au profit des intérêts particuliers.

Sous-section 1 : Le scepticisme de la doctrine française à l'égard de la confiance légitime

Le principe de protection de la confiance légitime, tel qu'on l'a examiné plus haut, fait l'objet d'un certain rejet de la part de la doctrine française majoritaire. La critique dans son ensemble s'articule autour de trois axes. D'une part, l'origine étrangère du principe de protection de la confiance légitime, d'autre part, le caractère subjectif de sa mise en œuvre. Et enfin, son impact sur l'action administrative. Le chef de file de ce courant demeure Madame S. Calmes, qui, tout au long de ses recherches, n'a cessé de tirer à boulet rouge⁹⁶¹ sur l'idée d'introduire la confiance légitime en droit français. Pour cette raison, nous nous baserons essentiellement sur ses opinions dans la présente partie.

En effet, pour Madame S. Calmes, le principe de confiance légitime, compte tenu de ses origines étrangères, constitue une menace pour l'ordre juridique français au cas où celui-ci

⁹⁶¹ Mme. Calmes adopte des propos sévères contre toute tentative de consécration de la confiance légitime en droit français. A titre d'exemple ce passage : « dans le cadre de la conception traditionnelle française, qui met l'accent sur les prérogatives de puissance publique [...] qu' (elle) englobe souffriraient de l'introduction dans le système d'un monstre basé sur le subjectivisme et la psychologie sociale. Ce principe risquerait bien plus d'être un virus, contagieux et perturbateur, qu'une avancée facteur de progrès du droit ». S. Calmes, op. cit. p. 495.

venait à le consacrer comme principe général de droit. Il s'agirait, dans les faits, d'une simple importation d'un principe étranger par ses origines germaniques d'une part, et par sa portée subjective d'autre part. Une caractéristique qui tranche avec la portée objective de l'ordre juridique français. M. Prevedourou⁹⁶² considère qu'avant d'importer un principe de l'étranger, il faudrait avant tout s'interroger sur sa portée dans son propre pays. C'est-à-dire, procéder à un pré-examen de sa compatibilité avec La tradition juridique française. L'opinion de Madame S. Calmes est plus tranchée, en effet, elle souligne que : « L'alignement délibéré de la conception française sur la conception allemande [...] risquerait de revêtir la forme d'une véritable substitution [...] le principe subjectif de protection de la confiance légitime ne pourrait pas, en tant que règle de droit positif, s'intégrer sans heurts dans l'ordre juridique français classique afin d'y assurer la protection des particuliers contre les bouleversements de leur situation juridique subjective ; il serait, tel un virus, un facteur d'implosion de notre conception traditionnelle du droit [...] La protection de la confiance légitime, dans la mesure où elle aspire avant tout au maintien des situations juridiques favorables à l'intéressé nonobstant leur caractère illégal, entre en contradiction ouverte avec la solution prescrite par la loi, et représente une perforation de la légalité⁹⁶³ ». Monsieur Pacteau, pour sa part, considère que : « Le problème est que notre conception objective de la légalité empêche qu'on puisse ainsi se prévaloir d'une illégalité, non plus que d'une promesse que l'administration n'avait en fait pas le droit de formuler⁹⁶⁴ ». Pour ce courant doctrinal, la consécration en droit français du principe de confiance légitime sonnerait la fin de la conception objective française.

Outre son origine étrangère, Madame S. Calmes considère que le principe de confiance légitime, par sa portée subjective, constitue un concept incompatible avec le droit français, celui-ci étant traditionnellement un droit objectif. Un argument repris par la quasi-totalité de la doctrine hostile à la transposition du dit-principe au droit français. Pour l'auteur, ce subjectivisme découle de sa nature « Hautement » casuistique, celle-ci fait en sorte que le juge, dans l'application qu'il fait de ce principe, sera amené à arbitrer entre des intérêts contraires et faire dépendre ses solutions des faits de chaque espèce. Autrement-dit, il s'agirait d'une justice rendue au cas par cas, alors que le droit français serait basé sur des institutions juridiques déterminées de manière objective. Madame S. Calmes voit derrière cette casuistique deux phénomènes de nature à déstabiliser l'architecture juridique française.

⁹⁶² E. Prevedourou, *Le principe de confiance légitime en droit public français*. Athènes, 1998 (cité par S. Calmes p. 492).

⁹⁶³ S. Calmes, *op. cit.* p. 492.

⁹⁶⁴ B. Pacteau, *La sécurité juridique, un principe qui nous manque ?* AJDA 1995 p. 151.

D'une part, la casuistique qui résulte de la protection de la confiance légitime est porteuse d'une certaine flexibilité illimitée de l'ordre juridique. L'auteur écrit : « la relativisation de la protection des situations juridiques, notamment par le biais du principe casuistique de protection de la confiance légitime, permet également les ajustements ; cette flexibilité du droit autorise des adaptations sans réformes formelles [...] Cependant, une trop grande flexibilité peut mettre en péril les objectifs essentiels de l'ordre juridique. Ce dernier doit permettre une application du droit qui tient compte tant du besoin d'innovation que du besoin de stabilité [...] Mais, il (principe de confiance légitime) est tellement subjectif et casuistique que de cette tentative louable de compromis résulte, en fin de compte, une incertitude totale quant au résultat concret adopté⁹⁶⁵ ». D'autre part, elle estime que de ce caractère casuistique découle la consécration d'une arme entre les mains du juge qui peut l'utiliser comme il le souhaite. La confiance légitime permettrait au juge de devenir un législateur bis puisqu'il tirerait de ce principe le pouvoir de rendre une justice discrétionnaire.

Madame S. Calmes considère que : « L'analyse des solutions contingentes auxquelles donne lieu la mise en œuvre du principe de protection de la confiance permet ainsi de qualifier ce dernier de principe à la fois psychologique quant à ses conditions d'application, et politique quant à ses effets [...] Le choix de l'admission d'un tel principe suppose un transfert du pouvoir de décision sur le juge qui a, ce faisant, pour rôle de faire respecter une certaine « éthique ». Il n'a donc pas pour fonction de raisonner en termes de droit applicable, mais en termes de comportements et de sentiments humains⁹⁶⁶ ». Pour sa part, Monsieur P. Vincent dans ses conclusions sous l'arrêt de la cour administrative d'appel de Nancy du 17 juin 1999 estimait que : « le principe de confiance légitime n'en continue pas moins d'être considéré avec circonspection par le juge administratif, attitude motivée tant par la dimension subjective que revêt la notion de confiance légitime du bénéficiaire de l'acte, allant à l'encontre de la conception française, qui cherche la conciliation entre les deux préoccupations parfois antagonistes de légalité et de sécurité juridique par l'édiction de normes objectives⁹⁶⁷ ». Le Professeur D. Truchet, par ailleurs, directeur des travaux de Madame S. Calmes, n'est pas non plus favorable à l'intégration de la confiance légitime dans l'ordre juridique français. Il écrit à ce sujet : « Faut-il aller plus loin et en faire un principe général du droit français, applicable même lorsque le droit communautaire n'est pas en cause ? [...] Le Conseil d'Etat s'y refuse pour de bonnes raisons : le principe de confiance légitime n'ajouterait sans doute

⁹⁶⁵ S. Calmes, op. cit. p. 487.

⁹⁶⁶ S. Calmes, op. cit. p. 490.

⁹⁶⁷ P. Vincent, Le faible impact du principe de confiance légitime en droit administratif français. RFDA 2000, p.254.

aucune garantie nouvelle à celles dont le citoyen dispose déjà, notamment au titre de la sécurité juridique. Il s'insérerait mal dans notre droit administratif qui reste dominé par la conception objective des droits du citoyen, alors que la confiance légitime repose sur une vision subjective des droits exercés par une personne en fonction des relations individuelles qu'elle entretient avec l'administration⁹⁶⁸ ».

Sous-section 2 : La fragilité de la critique

L'hostilité de la majorité de la doctrine française à une éventuelle intégration du mécanisme de la protection de confiance légitime aussi forte soit elle, n'en demeure pas moins fondée sur des arguments fragiles ne pouvant résister à un examen approfondi. Nous allons articuler notre réponse autour de deux axes ; d'une part, l'argument tiré de l'origine étrangère du principe de confiance légitime, et d'autre part, celui basé sur son incompatibilité avec le droit français.

Paragraphe 1 : une origine étrangère et incompatibilité contestable

La doctrine française, dans ses critiques à l'égard du principe de confiance légitime, met l'accent sur son origine allemande. Un argument qui confortait également la position du conseil d'Etat dans son refus de consacrer la confiance légitime en tant que principe général du droit. On a pu expliquer combien il était désagréable pour un juge d'appliquer des concepts qui lui sont étrangers et dont il ne maîtrise pas les contours. Néanmoins, un examen attentif de la question permet de relativiser un tel refus de naturalisation. Au contraire même, on serait même tenté de dire, qu'il s'agit d'un principe auquel le juge administratif français est familier, si ce n'est plus que le juge allemand, au moins au même titre que lui.

A – La confiance légitime est-elle étrangère au Conseil d'Etat français?

Nous avons eu l'occasion d'examiner quelques applications jurisprudentielles de la confiance légitime en droit administratif. Nous avons également vu comment le Conseil d'Etat s'est déployé à censurer toute tentative allant dans ce sens. Néanmoins, la haute juridiction en accepte l'application lorsqu'elle est en présence d'un contentieux en rapport avec le droit communautaire. Le Conseil d'Etat considère, en effet, que le moyen fondé sur la violation de la confiance légitime comme inopérant, et par conséquent ne l'examine pas à chaque fois que l'acte litigieux n'est pas de ceux pris par les autorités nationales pour la mise en œuvre du droit communautaire. Le juge administratif répond souvent par cette formule : «

⁹⁶⁸ D. Truchet, Droit administratif, Thémis droit PUF, 2011, p. 160.

Considérant que le moyen tiré de la méconnaissance du principe de confiance légitime, qui fait partie des principes généraux du droit de l'union européenne, est inopérant à l'encontre de la décision attaquée qui n'a pas été prise pour l'application du droit communautaire (droit européen) ».

Autrement-dit, à chaque fois que le droit communautaire est en cause, le Conseil d'Etat, juge national du droit communautaire, saisi sur la base du principe de confiance légitime doit l'appliquer et de recourir à la CJUE, si besoin est, à travers une question préjudicielle. Donc, le principe de confiance légitime, en tant que principe général du droit communautaire, non seulement n'est pas complètement étranger à notre juge administratif, mais s'impose à lui. La première décision, à notre connaissance, par laquelle le Conseil d'Etat admet l'application du principe de confiance légitime, a été rendue en 2001⁹⁶⁹. Dans cette espèce, il était question de la légalité du décret du 24 mars 2000 relatif à la modulation des paiements accordés aux agriculteurs au titre des régimes de soutien direct dans le cadre de la politique agricole commune, pris en application du règlement du 17 mai 1999. Les requérants reprochaient au décret, notamment, sa violation du principe de confiance légitime par sa portée rétroactive. Dans son arrêt, le Conseil d'Etat avait décidé que : « Considérant [...] que pour mettre en œuvre ce règlement, le gouvernement pouvait décider la réduction des paiements accordée à raison des régimes de soutien direct dans le cadre de la politique agricole commune pour l'ensemble de l'année en cours, à la condition de respecter le principe de confiance légitime applicable en matière de droit communautaire ; que le gouvernement a annoncé publiquement dès le mois de mai 1999 son intention de mettre en place la modulation des aides permise par le règlement susmentionné et [...] a consulté sur son projet de modulation le conseil supérieur d'orientation et de coordination de l'économie agricole et alimentaire, où sont représentées les organisations syndicales d'agriculteurs ; que, dans ces conditions, les producteurs prudents et avisés ont été mis en mesure dès avant le début de l'année 2000 de prévoir l'adoption de la mesure litigieuse ; que, par suite, les moyens tirés de la méconnaissance des principes de confiance légitime et de non-rétroactivité doivent être écartés ».

La démarche du Conseil d'Etat est identique à celle adoptée par le juge communautaire ; en effet, celui-ci considère que le droit de réclamer la protection de la confiance légitime s'étend à tout particulier qui se trouve dans une situation de laquelle il ressort que l'administration communautaire, en lui fournissant des assurances précises, a fait

⁹⁶⁹ CE, Ass. 11 juillet 2001, Fédération nationale des syndicats d'exploitants agricoles et autres.

naître dans son chef des espérances fondées. Toutefois, le juge communautaire pose un bémol à cette règle, lorsqu'un opérateur économique prudent et avisé est en mesure de prévoir l'adoption d'une mesure communautaire de nature à affecter ses intérêts, il ne saurait se prévaloir d'une confiance légitime dans le cas où cette mesure est adoptée⁹⁷⁰.

Toujours dans le domaine des aides au monde agricole, le Conseil d'Etat, dans un litige opposant l'Office de développement de l'économie agricole des DOM à un producteur de bananes au sujet du retrait d'une partie de l'aide accordée, a procédé à un véritable alignement jurisprudentiel. Les juges du palais-royal ont jugé que : « Considérant qu'ainsi que l'a jugé la CJCE [...] en l'absence de disposition communautaire, les modalités de récupération d'une aide indûment versé sur le fondement d'un texte communautaire sont soumis aux règles de droit national, sous réserve que l'application de ses règles se fasse de façon non discriminatoire au regard des procédures visant à trancher des litiges nationaux de même type et qu'elle ne porte pas atteinte à l'application et à l'efficacité du droit communautaire ou n'ait pour effet de rendre pratiquement impossible ou excessivement difficile la récupération des sommes octroyées ; que le droit communautaire ne s'oppose pas à ce qu'une législation nationale exclut la répétition d'une aide indûment versée en prenant en compte des critères tels que la protection de la confiance légitime, la disparition de l'enrichissement sans cause ou l'écoulement d'un délai⁹⁷¹ ».

Que le moyen tiré de la violation du principe de protection de la confiance légitime soit fondé ou inopérant, il n'en demeure pas moins soumis au contrôle du juge administratif. Cela prouve, si besoin en est, que celui-ci connaît parfaitement le principe de confiance légitime, et qu'il ne lui est étrangers que par son interprétation. D'autant plus que les droits nationaux ayant adopté le principe de confiance légitime, combien même étant de tradition juridique objective, n'ont pas eu de mal à l'intégrer. On se poserait légitimement la question pourquoi le droit administratif français en ferait exception.

B– une incompatibilité, la dimension subjective du principe de confiance légitime

Le principal argument des opposants français au principe de confiance légitime est fondé sur son incompatibilité avec l'ordre juridique français du fait de sa portée subjective. L'examen du régime juridique du principe de confiance légitime démontre que cet argument est, sinon infondé, au moins exagéré. En effet, l'examen de l'élément subjectif n'est qu'un

⁹⁷⁰ Arrêt du TPIUE du 16 octobre 1996, Efisol c/ Commission. T-336/94.

⁹⁷¹ CE, Sect. 26 novembre 2010, ODEADOM. N°330320.

élément constitutif de la confiance légitime parmi d'autres éléments objectifs, aussi bien déterminants les uns que les autres. Certes, la confiance en la base est appréciée de manière subjective, mais l'examen de la base de confiance et l'examen de la balance des intérêts, sont examinés de manière objective. En outre, même dans son examen de la dimension subjective, le juge tend de plus en plus à objectiver un tel examen. L'élément subjectif, rappelons-le, consiste en l'imprévisibilité du changement pour le requérant. Il s'agit d'apprécier la validité d'un acte réglementaire ou non réglementaire à l'aune d'une situation individualisée. Donc, en somme, le danger que pointe la doctrine serait la prise en compte, par le juge, de la situation subjective du requérant pour apprécier l'imprévisibilité du changement. Pourtant, le concept d'imprévisibilité n'est pas étranger au droit positif français, la portée de la notion de force majeure en dit long sur celle de l'imprévisibilité. La seule différence, consiste dans le fait qu'en matière de confiance légitime, il s'agit d'une imprévisibilité normative qui serait susceptible de contrarier la volonté et l'action des personnes publiques. L'examen de l'imprévisibilité, combien même il serait accompli sous le sceau de la subjectivité, le recours du juge à la technique du standard tend à réduire la portée de ce subjectivisme. Ainsi, comme il ressort de la jurisprudence communautaire, l'examen de l'imprévisibilité d'un changement normatif s'effectue sur la base d'un standard à savoir la notion d'opérateur averti. Dans son arrêt *Gerekens et Procola*, la Cour avait jugé qu' : « En ce qui concerne la violation éventuelle de la confiance légitime des intéressés, il convient de rappeler que la possibilité de se prévaloir de la protection de la confiance légitime est ouverte à tout opérateur économique dans le chef duquel une institution a fait naître des espérances fondées [...] Le principe de protection de la confiance légitime ne peut être invoqué à l'encontre d'une réglementation que dans la mesure où les pouvoirs publics eux-mêmes ont créé au préalable une situation susceptible d'engendrer une confiance légitime [...] En outre, lorsqu'un opérateur économique prudent et avisé est en mesure de prévoir l'adoption d'une mesure de nature à affecter ses intérêts, il ne saurait invoquer le bénéfice d'un tel principe lorsque cette mesure est adoptée⁹⁷² ». Cette subjectivité, qui fait de la confiance légitime une notion étrangère à l'ordre juridique français, se trouve limitée à travers l'examen de la légitimité de la confiance. En effet, le juge communautaire, lorsqu'il contrôle la source et la base de la confiance légitime, procède à un véritable contrôle de légalité. Ainsi, il ressort de la jurisprudence communautaire que l'invocation de la confiance légitime ne peut être fondée sur une base

⁹⁷² CJUE, 15 juillet 2004 *Willy Gerekens et Association agricole pour la promotion de la commercialisation laitière Procola c/ Luxembourg*. Aff. C 459/02. Recueil 2004-I-07315.

illégal. Pour Monsieur D. Simon⁹⁷³ : « Cette application extensive du principe *fraus omnia corrumpit* pourrait être contestée, dans la mesure où l'illégalité du comportement des institutions n'implique pas nécessairement la mauvaise foi du justiciable, ce dernier pouvait se fier légitimement à la présomption de légalité s'attachant aux actes des institutions jusqu'à leur annulation juridictionnelle. On pourrait même prétendre que la protection des droits des justiciables s'impose d'autant plus que le comportement de l'administration communautaire est illégal. Il semble toutefois que le juge communautaire s'en tienne à une conception stricte de la légalité objective, qui implique que des droits légitimes ne puissent naître d'une situation illégale ». Déjà en 1978, le juge communautaire avait estimé que le moyen basé sur la violation de la confiance légitime n'était pas fondé lorsque la base de confiance est illégale. Il a jugé en l'espèce que : « la circonstance que la commission avait, en ce qui concerne des exportations antérieures comparables à celles envisagées par la requérante, calculé la compensation sur des bases certes plus avantageuses mais dépassant l'objectif des règlements [...] ne pouvant pas conférer à la requérante un droit au maintien de ces calculations inexactes ; que par contre, la commission était, dès que l'inexactitude de ces calculs était constatée, tenue de la rectifier dans l'intérêt financier de la communauté et afin de prévenir la naissance de positions privilégiées⁹⁷⁴ ». Dans une autre espèce, le TPI avait jugé que : « les entreprises bénéficiaires d'une aide d'Etat ne sauraient avoir une confiance légitime dans la régularité de l'aide que si celle-ci a été accordée dans le respect de la procédure dont un opérateur économique diligent doit être en mesure de s'assurer⁹⁷⁵ ».

Paragraphe 2 : Le véritable poids du principe de protection de la confiance légitime

Nous avons mis l'accent sur l'examen auquel se livrent les juges, tout au long de notre étude du principe de protection de la confiance légitime, et notamment celui exercé par le juge communautaire. Il ressort de l'étude de ces jurisprudences une conception assez restrictive des différentes conditions d'application de ce principe. Une conception tellement restrictive que le régime juridique de la confiance légitime a été construit plus à partir des arrêts de rejet que par des arrêts d'admission de la confiance légitime. Une reconnaissance de la confiance légitime comme principe général de droit ne signifie pas son admission rigide et automatique à chaque fois qu'il est revendiqué dans le cadre d'un contentieux.

⁹⁷³ D. Simon, La confiance légitime en droit communautaire : vers un principe général de limitation de la volonté de l'auteur de l'acte ?, Etudes à la mémoire du Professeur Alfred Rieg, Bruxelles Buylant, 2000.

⁹⁷⁴ CJCE Töpfer, op. cit.

⁹⁷⁵ TPIUE Preussag Stahl c/ Commission, op. cit.

Donc, l'argument consistant à relever que la consécration de la confiance légitime est un risque pour le droit français perde de sa pertinence. Parce qu'il ne s'agit pas de consacrer un principe contre d'autres mais de les faire coexister en intelligence pour la protection des citoyens dans leurs rapports avec les institutions publiques. Paradoxalement, cet argument n'a pas échappé au chef de file du courant opposé à la reconnaissance du principe de protection de la confiance légitime en droit français. En effet, Madame S. Calmes estime que : « Les effets concrets du principe français de protection de la confiance légitime, si ce dernier venait à être admis – comme principe général ou comme principe circonscrit dans certains domaines ciblés – en droit positif interne, seraient nous semble-t-il minimales : la tradition juridique française amènerait les pouvoirs publics, notamment le juge, à éviter d'appliquer le principe et, en cas d'application, à ne pas accorder de protection effective de la confiance des intéressés⁹⁷⁶ ».

Une analyse qui n'est pas fausse mais qui mérite tout de même deux précisions. D'une part, Madame S. Calmes fonde son analyse sur une vision de choc des conceptions objective et subjective. Pour les tenants de cette analyse, toute application de la confiance légitime en droit français est une négation du principe de la légalité, alors qu'ils coexistent parfaitement dans les autres systèmes juridiques européens et étrangers. D'autre part, Madame S. Calmes semble pencher, en cas de coexistence des deux principes, vers la primauté de principe de la légalité sur la confiance légitime, le premier neutralise le second. Une telle conception repose sur une vision idéaliste de la légalité qui n'existe pas. Comme nous l'avons vu en première partie, personne ne conteste le rôle du principe de la légalité en ce qu'il assure une certaine sécurité juridique objective, néanmoins, il arrive aussi, qu'il peut porter préjudice à cette sécurité juridique. Il ressort de tout ce qui précède que le principe de confiance légitime n'est pas ce monstre qu'une partie de la doctrine veut bien nous faire croire. Néanmoins, si le principe en lui-même n'a rien de déstabilisant en tant que tel, l'application et la conception que peut se faire le juge de ce principe peut être un facteur déstabilisateur.

⁹⁷⁶ S. Calmes, op. cit. p. 570.

Conclusion du Chapitre I

Comme nous l'avons relevé plus haut, les juges qui appliquent le principe de confiance légitime, le font de manière pragmatique. Il s'agit pour eux de trouver un équilibre entre l'équité et l'intérêt général. Madame S. Calmes ne dit pas autre chose lorsqu'elle écrit : « Lorsque le principe de protection de la confiance légitime est actionné, ses chances d'aboutir à une protection effective de l'intéressé sont, à priori, faibles, vu les nombreuses conditions requises pour ce faire.

Il est vrai que ces conditions sont par nature souples, de sorte que les autorités publiques, notamment les juges, peuvent les faire jouer de manière plus ou moins stricte, selon leur bon vouloir. Or, le juge communautaire, dans un système à la fois empreint de subjectivisme – sous l'influence allemande – et d'objectivisme – sous l'influence française – [...] semble, aujourd'hui encore, peu enclin à aller jusqu'au bout de la logique de ce dernier (le principe), et à l'appliquer concrètement en faveur du requérant ; il n'admet, en fin de compte, que rarement la violation du principe⁹⁷⁷ ». A partir de tout ce qui précède, nous pouvons estimer que le droit administratif français, ne peut craindre aucune incompatibilité avec le principe de confiance légitime.

⁹⁷⁷ S. Calmes, op. cit. p. 572.

Chapitre II : La sécurité juridique, une source de subjectivisation du droit

De tout ce qui précède, nous pouvons relever que par le principe de sécurité juridique, le Conseil d'Etat n'a fait que donner un statut juridique national à la protection de la confiance légitime. Comme l'a bien souligné, le professeur P. Brunet, la sécurité juridique et la confiance légitime ne sont que les deux revers de la même médaille. Cela emporte deux conséquences, d'une part, le droit administratif n'a jamais été de tradition exclusivement objective, d'autre part, le principe de sécurité juridique s'inscrit et prolonge un mouvement de subjectivisation du droit administratif français.

Section 1 : L'objectivité du droit administratif français, un postulat mis à mal par le principe de sécurité juridique

La doctrine dans sa majorité estime que le droit administratif est exclusivement de tradition objective. Toutefois, il y a toujours eu un courant minoritaire qui considérerait que notre droit administratif n'était pas dénué de toute portée subjective. La consécration d'un principe de sécurité juridique, qui n'est que l'équivalent de celui de la protection de la confiance légitime, peut s'interpréter comme un abandon, partiel, de la conception objectiviste.

Sous-section 1 : Sécurité juridique et confiance légitime, une équivalence des protections

Après la consécration du principe de sécurité juridique plusieurs questions restaient en suspens. Ainsi, nous avons essayé en première partie de répondre à certaines d'entre elles, notamment celles concernant sa portée et son domaine d'intervention. D'autres questions, en revanche, feront l'objet de ces lignes. La sécurité juridique est-elle la confiance légitime ? La position du Conseil est-elle tenable ?

Paragraphe 1 : Le rapport entre sécurité juridique et confiance légitime

Après l'étude de la jurisprudence administrative, rendue sur la base du principe de sécurité juridique et l'analyse de la notion de confiance légitime en droit comparé, il était légitime de se poser la question de leur rapport étant donné leur ressemblance. On ne peut répondre à cette question que lorsqu'on analyse les rapports qu'entretiennent sécurité juridique et confiance légitime en droit communautaire, censé être une source d'inspiration du Conseil d'Etat en la matière. La majorité de la doctrine s'accorde sur le fait que la sécurité

juridique et la confiance légitime sont deux institutions différentes. En ce qui concerne le premier, le concept de sécurité juridique, qu'on qualifie de principe abstrait et objectif, on lui reproche souvent son imprécision et ses contours incertains. Autrement-dit, un principe objectif dont la vocation est d'aboutir à un idéal juridique normatif garantissant stabilité, clarté et transparence des situations juridiques. Pour Madame S. Calmes : « la sécurité juridique, en son sens large, objective et abstraite, est indifférente à la nature de la situation en cause. Elle vise à garantir la fiabilité dans le temps de l'ordre juridique dans son ensemble, que la situation en question soit bénéfique ou onéreuse [...] elle exige notamment du droit, de façon générale et abstraite, qu'il ne soit pas rétroactif, ni foisonnant, et qu'il soit public, cohérent, clair et précis⁹⁷⁸ ». En revanche, le principe de protection de la confiance légitime est considéré par la doctrine comme un principe de portée subjective ayant pour rôle de protéger des situations personnelles concrètes à chaque fois que la confiance légitime a été ignorée. Il en résulte que la confiance légitime est plus large que la sécurité juridique. Ainsi, Madame S. Calmes estime que : « la protection de la confiance légitime couvre a priori un champ qui dépasse la seule dimension temporelle stricte de la limitation de l'instabilité du droit et de l'imprévisibilité des changements normatifs, car une confiance en des informations erronés, en des promesses même illégales non tenue ou en toute pratique, est susceptible d'être protégé⁹⁷⁹ ».

Si, généralement, la doctrine est unanime de considérer que la sécurité juridique et la confiance légitime sont deux institutions distinctes, cette unanimité perd, un peu, de sa teneur lorsqu'il s'agit de traiter la question relative à la relation de ces deux institutions entre elles.

La majorité de la doctrine parle du principe de confiance légitime comme un corollaire du principe de sécurité juridique. Il en est ainsi de Madame H. Muscat qui écrit à ce sujet que : « Le principe communautaire du respect de la confiance légitime, inspiré d'un concept allemand qui est un corollaire de celui de sécurité juridique, doit être entendu comme reconnaissant aux particuliers le droit d'évoluer dans un environnement juridique stable, c'est-à-dire à l'abri des modifications impromptues des règles de droit⁹⁸⁰ ».

Pour sa part, Monsieur S. Altindag considère que : « la protection de la confiance légitime est un principe général du droit communautaire admise par la CJCE, et qui a pour origine le droit interne de l'Allemagne et de la Hollande. Elle s'étend dans le droit interne des

⁹⁷⁸ S. Calmes, op. cit. p. 167.

⁹⁷⁹ S. Calmes, op. cit. 169.

⁹⁸⁰ H. Muscat, Le droit français de la responsabilité publique face au droit européen. L'Harmattan 2001, p. 186.

autres Etats en tant que modalité ou forme d'expression du principe de la sécurité juridique⁹⁸¹».

D'autres, en revanche, contestent ce lien de corrélation et estime que d'autres principes viennent fonder la confiance légitime, notamment les principes de bonne administration et le respect des droits acquis. Ainsi, on a pu écrire : « si le principe de confiance légitime est rattaché principalement au principe de sécurité juridique [...] le principe de confiance légitime se trouve au cœur d'une nébuleuse de principes venant complexifier son appréhension conceptuelle [...] le principe de confiance légitime dénote une certaine conception de l'équilibre nécessaire dans un Etat de droit entre la sécurité juridique et la légalité⁹⁸² ».

Pour sa part, Madame R. Bousta semble partager le fondement de la confiance légitime entre l'Etat de droit et le droit à une bonne administration. Elle écrit : « le principe de confiance légitime [...] fondé sur le principe de sécurité juridique, il apparaît en effet comme le corollaire de tout Etat de droit [...] la confiance légitime [...] peut également être envisagée comme une notion renfermant, en substance, l'idée de cohérence de l'action administrative⁹⁸³ ».

Dans le même ordre d'idée, on peut citer Madame E. Bernard qui estime que : « la protection de la confiance légitime est fréquemment associée, dans la jurisprudence communautaire, à d'autres principes, sans que les limites des uns et des autres ne soient clairement posées. Les requérants invoquent ainsi souvent de manière indistincte la confiance légitime et la sécurité juridique, la non-rétroactivité des actes communautaires, le respect des droits acquis, le principe de bonne administration ou même le respect des droits de la défense. Mais c'est essentiellement au principe de sécurité juridique que la protection de la confiance légitime est fréquemment assimilée⁹⁸⁴ ».

Enfin, il y a ceux qui considèrent qu'il y existe bien un lien de corrélation mais dans le sens inverse, c'est-à-dire, c'est le principe de sécurité juridique qui est le corollaire du principe de la confiance légitime. Il en est ainsi de Monsieur A. Masson qui estime que : « le principe de confiance légitime a pour corollaire celui de sécurité juridique qui est également

⁹⁸¹ S. Altindag, La concurrence fiscale dommageable – la coopération des Etats membres et des autorités communautaires. L'Harmattan, 2009, p. 169.

⁹⁸² E. Carpano, Etat de droit et droits européens, op. cit. p. 360.

⁹⁸³ R. Bousta, Essai sur la notion de bonne administration en droit public. L'harmattan 2010, p. 248.

⁹⁸⁴ E. Bernard, La spécificité du standard juridique en droit communautaire. Bruylant 2009, p. 268.

reconnu par la jurisprudence de la CJUE ⁹⁸⁵ ». Ou encore de considérer que la confiance légitime est une limitation de la sécurité juridique. C'est ce que relève Madame S. Calmes qui, après avoir démontré la remise en cause, y compris en Allemagne, de la chaîne de déduction ; Etat de droit, sécurité juridique et confiance légitime, en estimant que : « certains auteurs occultent le thème de la sécurité juridique ou bien coupent court à tout raisonnement déductif en la matière en annonçant simplement que, la sécurité juridique n'étant qu'un simple postulat, elle ne forme pas une base juridique suffisante pour la théorie de la protection de la confiance, ils cherchent donc ailleurs les sources directes de cette théorie dans les droits fondamentaux, la bonne foi ou la proportionnalité⁹⁸⁶ » aboutit à la conclusion suivante : « L'idée que la protection de la confiance légitime viendrait, dans une certaine mesure, mettre en œuvre et, ce faisant, limiter la sécurité juridique, nous paraît juste⁹⁸⁷ » ⁹⁸⁸ .

L'analyse que se fait la doctrine des rapports qu'entretiennent les deux concepts ; sécurité juridique et confiance légitime, se base essentiellement sur l'apport jurisprudentiel, notamment communautaire. Or, cet apport jurisprudentiel est lui même objet de critique pour cause de son incohérence. Ainsi, comme le relève Monsieur D. Simon au sujet de la présentation des critères de la protection de la confiance légitime : « une telle présentation est le produit d'une systématisation ex post des solutions jurisprudentielles, qui ne procèdent que rarement à une taxinomie, que la décision du juge vise moins à établir une cohérence jurisprudentielle abstraite qu'à fournir des réponses casuistiques à des situations juridiques et factuelles concrètes⁹⁸⁹ ».

Ce manque de cohérence jurisprudentiel rend difficile toute entreprise de synthétisation de l'aveu même du juge J-P Puissochet, pour qui cette difficulté : « est accrue par le fait que le principe de confiance légitime n'est la plupart du temps pas isolé dans les arrêts et qu'il apparaît en liaison avec d'autres principes ou concepts de droit communautaire, souvent de manière subsidiaire. Au premier rang de ces principes figure le principe de sécurité juridique, mais, on le trouve aussi associé au respect des droits acquis, au devoir de sollicitude, au devoir de bonne administration, à la protection des droits de la défense voire au

⁹⁸⁵ A. Masson, Droit communautaire – droit institutionnel et droit matériel. Ed. Larcier 2008, p. 212.

⁹⁸⁶ S. Calmes, op. cit. p. 176.

⁹⁸⁷ S. Calmes, op. cit. p. 181.

⁹⁸⁸ Néanmoins l'auteur semble tout de même privilégier la chaîne de déduction : Etat de droit - sécurité juridique – confiance légitime. En effet, Mme. Calmes arrive à cette conclusion après avoir pu examiner que ni les droits fondamentaux, ni la bonne foi et encore moins la proportionnalité ne peuvent être les sources du principe de confiance légitime.

⁹⁸⁹ D. Simon, La confiance légitime en droit communautaire, op. cit. p. 736.

principe d'égalité ou de proportionnalité⁹⁹⁰ ». Au vu de ces critiques, non moins crédibles que les opinions inverses, on peut légitimement douter de l'existence d'une quelconque dérivation entre ces différents principes. Comme le relève l'un des pères fondateurs du droit administratif européen : « la Cour de Justice n'a pas adopté de position tranchée sur la question essentiellement théorique d'un rapport de dérivation entre sécurité juridique et de protection de la confiance légitime [...] (parfois) le principe de la protection de la confiance légitime est cependant appliqué sans référence à un rapport avec le principe de sécurité juridique⁹⁹¹ ».

Pour notre part, nous estimons qu'avant de résoudre la question de la source du principe de confiance légitime, il faut tout d'abord, résoudre la question des rapports entre la légalité et la sécurité juridique. Ainsi, si on considère que la sécurité juridique est une qualité inhérente à la légalité, et partant, une obligation qui s'impose au pouvoir normatif. Il en ressort, dans ce cas de figure, que la confiance légitime apparaît comme un contrepoids à cette légalité, et devient, donc, un principe autonome puisqu'il exprime un droit subjectif des citoyens. En revanche, si l'on considère, la sécurité juridique, non pas comme un élément de la légalité, mais comme un droit des citoyens contre les effets pervers de cette légalité, dans cette configuration, la confiance légitime joue le rôle de la traduction concrète de la sécurité juridique. Enfin, si on considère que la légalité est un élément de la sécurité juridique qui est elle-même une traduction de l'Etat de droit, dans ce cas-là, la confiance légitime et la légalité sont deux principes autonomes qui traduisent par leur équilibre la sécurité juridique.

C'est cette dernière possibilité qui nous paraît la plus proche de la vérité. La sécurité juridique résulterait donc de cet équilibre entre le subjectif et l'objectif. Si on devait retenir une métaphore pour illustrer nos propos, nous penserons à l'image d'un train où règne un Etat de droit, dont la locomotive est la sécurité juridique et les deux voies sont la légalité et la confiance légitime. Telle n'est pas l'idée retenue par le Conseil d'Etat, du moins jusqu'à présent, en effet, le juge administratif ne veut pas enfermer son pouvoir normatif dans un schéma restrictif. En se gardant de toute entreprise de classification, le Conseil d'Etat se donne la liberté de jongler entre la légalité et la sécurité juridique.

⁹⁹⁰ J-P Puissechot, Vous avez dit confiance légitime, in L'Etat de droit, op. cit. p. 586.

⁹⁹¹ Jürgen Schwarze, Droit administratif européen, op. cit. p. 995.

Paragraphe 2 : La confiance légitime et la sécurité juridique, une équivalence des protections

Au lendemain de la consécration par le Conseil d'Etat, à travers l'arrêt KPMG, du principe de sécurité juridique, la majorité de la doctrine en avait déduit, à juste titre, l'exclusion du principe de confiance légitime du droit français. En effet, dans le même arrêt de principe, les juges du Palais-Royal consacrent, d'une part, le principe de sécurité juridique et, d'autre part, ils rejettent les arguments tirés de la violation du principe de confiance légitime, combien même le rapport du litige avec le droit communautaire n'était pas inexistant. A la lecture de l'arrêt, et si on s'arrête à la seule interprétation littérale de ses considérants, c'est cette opinion qui s'impose ; la confiance légitime ne s'applique pas en droit interne. Seulement une lecture d'ensemble, et vu tout ce qui précède, ce rejet, devient un rejet de terme et non de contenu. Nous avons vu qu'il existe une certaine protection de la confiance légitime implicite en droit administratif et en droit fiscal interne.

Le raisonnement du Conseil d'Etat était le suivant ; le principe de protection de la confiance légitime ne s'applique qu'aux litiges nés à l'occasion de l'application du droit communautaire, en revanche, lorsque le litige est du droit interne, son application est écartée. La doctrine majoritaire s'est accommodée avec cette position du principe tenue par le Conseil d'Etat soit par conviction, ou soit dans l'attente de jours meilleurs pour que ce principe soit étendu à tous les litiges soumis au juge administratif. Toutefois, les uns et les autres, à force de se focaliser sur la portée subjective du principe, ont occulté le principal. En effet, la question principale, à nos yeux, qu'aurait dû se poser la doctrine, notamment celle favorable à la transposition de la confiance légitime en droit interne, était celle de savoir si par ce partage le Conseil d'Etat n'avait pas consacré une rupture d'égalité des requérants. Ainsi, ceux dont le litige est lié au droit communautaire ont le droit à ce que leur confiance légitime soit protégée, en revanche, les autres, n'en avaient pas le droit. Pour répondre à cette question, de deux choses l'une ; ou bien, il existe réellement une discrimination entre les requérants, du fait qu'ils ne sont pas soumis à un traitement égalitaire selon qu'ils se fondent sur le droit interne ou sur le droit communautaire, ou bien cette rupture d'égalité n'est qu'apparente, mais dans les faits il existe une certaine équivalence des protections. Cela revient à reconnaître qu'il existe un mécanisme, de droit interne, équivalent au principe de protection de la confiance légitime applicable en droit communautaire.

A partir de tout ce qui précède, nous pouvons estimer que les deux options coexistent. En effet, le droit administratif français procède souvent à cette rupture d'égalité des

requérants dans l'examen de leur prétention, néanmoins, et comme nous l'avons vu, il essaie de mettre en place une protection équivalente notamment en matière fiscale. Par le biais de cette protection équivalente, le Conseil d'Etat applique la confiance légitime mais sans prononcer le mot.

A travers cette logique de l'équivalence des protections, les droits nationaux, régulés en cela par le juge communautaire, adoptent un socle commun de protections des droits fondamentaux. Ce socle commun à travers le dialogue des juges aboutit à une compatibilité entre les droits nationaux. Si le Conseil d'Etat n'a été qu'un participant passif à ce dialogue, il faut lui reconnaître ces dernières années un sursaut européen.

On peut en déduire que le principe de sécurité juridique, récemment consacré par le Conseil d'Etat, n'est que l'équivalent français du principe de la protection de la confiance légitime du droit communautaire, ou du moins, qu'il l'a comme corollaire. En effet, il ressort de la jurisprudence administrative rendue sur le fondement du principe de sécurité juridique, un rapport de plus en plus décomplexé du Conseil d'Etat avec le mécanisme de la confiance légitime. Ainsi, comme le relève Monsieur G. Eveillard : « le Conseil d'Etat retient de manière assez fréquente la circonstance que les destinataires de la réglementation nouvelle ne pouvaient prétendre ne pas être informés de l'imminence d'un changement de réglementation pour réclamer une application différée des nouvelles règles et l'adjonction à celles-ci de dispositions transitoires [...] Il ne s'agit, ni plus ni moins que d'une prise en compte, à rebours, des attentes légitimes des administrés, caractéristique du contrôle du principe de confiance légitime⁹⁹² ».

Le Conseil d'Etat, lui-même, adopte les éléments de langage de la confiance légitime. En effet, dans un arrêt du 9 mai 2012, le juge administratif avait considéré qu'une disposition fiscale peut créer une espérance légitime, autrement-dit, une telle disposition peut servir comme une base de confiance. Ainsi, le Conseil d'Etat décide dans cette affaire que : « la cour, qui a suffisamment motivé son arrêt, n'a pas commis d'erreur de droit, ni inexactement qualifié les faits en jugeant la [requérante] pouvait utilement invoquer une espérance légitime devant être regardée comme un bien au sens des stipulations de l'article 1er du premier

⁹⁹² G. Eveillard, Sécurité juridique et dispositions transitoires, op. cit.

protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales⁹⁹³ ».

Toutefois, le Conseil d'Etat s'efforce de cantonner son raisonnement sur le terrain strictement objectif. Comme l'a relevé Monsieur D. Bailleul : « Par le reflexe du juge de la légalité, et sans doute aussi par commodité, le Conseil d'Etat s'est finalement rendu à [une] solution simple et objective où réapparaît un peu la logique abstraite du procès en excès de pouvoir, l'espérance légitime se muant ainsi d'une certaine manière en espérance légale⁹⁹⁴ ». Madame L. Tartour observe, pour sa part, que : « l'influence du principe communautaire de confiance légitime sur le droit fiscal interne est croissante. Et en se référant au concept d'espérance légitime, lui aussi casuistique, le juge fiscal participe certainement à l'ascension du principe de protection de la confiance légitime en droit français [...] ces dispositifs fiscaux peuvent être perçus comme la matérialisation du principe de protection de la confiance légitime en droit interne, mais surtout ils illustrent une nouvelle fois la frontière fragile entre ce dernier et le principe de sécurité juridique⁹⁹⁵ ».

D'autres y voient une réapparition de la confiance légitime, à l'instar de Madame C. Broyelle qui estime que : « L'évolution du régime de responsabilité vers la protection de la confiance légitime se perçoit jusque dans les détails, notamment dans les limites posées à l'indemnisation. Dans l'état antérieur du droit, toute une palette de techniques était utilisée pour éviter un engagement trop libéral de la responsabilité [...] peu à peu, ces freins ont disparu, mais le Conseil d'Etat n'a pas pour autant renoncé à toute limite⁹⁹⁶ », et de rajouter plus loin, que : « Dans leurs relations avec l'administration, les citoyens sont désormais en droit de tabler sur une certaine stabilité du droit. L'idée dépasse le cadre de la responsabilité, et le droit positif se trouve aujourd'hui émaillé de mécanismes de protection de la confiance légitime⁹⁹⁷ ».

Toutefois, il n'est pas exclu, à notre avis, de penser que le juge administratif prenne, de plus en plus, en compte, même fut secrètement, la confiance légitime dans les litiges indemnitaires, ce n'est que parce qu'en fin de compte seul l'assureur de la personne publique qui supportera la charge de la condamnation. Quoiqu'il en soit juridiquement, il n'en demeure

⁹⁹³ S. Brondel, L'espérance légitime née d'un dispositif fiscal peut être un bien au sens de la Conv. EDH. AJDA 2012 p. 974.

⁹⁹⁴ D. Bailleul, De l'espérance légitime d'obtenir un avantage à l'espérance légale de conserver un droit. AJDA 2010 p. 1828.

⁹⁹⁵ L. Tartour, Le principe de protection de la confiance légitime en droit public français. RDP 2013, n° 2 p. 307.

⁹⁹⁶ C. Broyelle, Confiance légitime et responsabilité publique. RDP 2009, n° 2 p. 321.

⁹⁹⁷ Id.

pas moins qu'il s'agit de l'application de la confiance légitime sous couvert de sécurité juridique.

Mais pour arriver à cette conclusion de l'équivalence des protections, il faudrait lire l'arrêt KPMG à la lumière de l'arrêt Arcelor⁹⁹⁸. Par cet arrêt d'assemblée, le Conseil d'Etat a fait un grand pas vers le dialogue avec le juge communautaire. Dans cette espèce, était contestée, devant le Conseil d'Etat, la constitutionnalité d'un décret qui transpose, à l'identique, une directive en tant qu'il méconnaît les principes constitutionnels de propriété, la liberté d'entreprendre et le principe d'égalité. Dans son arrêt d'Assemblée, le Conseil d'Etat se fonde d'un considérant de principe qui sonne comme un ralliement de celui-ci au juge communautaire. L'importance et la lucidité pragmatique du raisonnement adopté par le Conseil d'Etat nous incitent à reproduire ce considérant :

« Considérant que si, aux termes de l'article 55 de la constitution [les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie], la suprématie, ainsi conférée aux engagements internationaux ne saurait s'imposer, dans l'ordre interne, aux principes et dispositions de valeur constitutionnelle ; qu'eu égard aux dispositions de l'article 88 – 1 de la constitution, selon lesquelles [la République participe aux Communautés européennes et à l'Union européenne, constituées d'Etats qui ont choisi librement, en vertu des traités qui les ont instituées, d'exercer en commun certaines de leurs compétences], dont découle une obligation constitutionnelle de transposition des directives, le contrôle de constitutionnalité des actes réglementaires assurant directement cette transposition des directives, le contrôle de constitutionnalité des actes réglementaires assurant directement cette transposition est appelé à s'exercer selon des modalités particulières dans le cas où sont transposées des dispositions précises et inconditionnelles ; qu'alors, si le contrôle des règles de compétence et de procédure ne se trouve pas affecté, il appartient au juge administratif, saisi d'un moyen tiré de la méconnaissance d'une disposition ou d'un principe de valeur constitutionnelle, de rechercher s'il existe une règle ou un principe général de droit communautaire qui, eu égard à sa nature et à sa portée, tel qu'il est interprété en l'état actuel de la jurisprudence du juge communautaire, garantit par son application l'effectivité du respect de la disposition ou du principe constitutionnel invoqué ; que, dans l'affirmative, il y a lieu pour le juge administratif, afin de s'assurer de la constitutionnalité du décret, de

⁹⁹⁸ CE, Ass. 8 février 2007 Société Arcelor. RFDA. 2007. p. 384 concl. Guyomar. 564, 578 et 601 notes Levade ; AJDA. 2007 p. 577, chro. Lenica et Boucher. Europe, mars 2007 D. Simon, JCP 2007. II. 10049, note Cassia ; JCP Adm. 2007. 2081, note G. Drago ; LPA 28 février 2007 comm. Chaltiel.

rechercher si la directive que ce décret transpose est conforme à cette règle ou à ce principe général du droit communautaire ; qu'il lui revient, en l'absence de difficulté sérieuse, d'écarter le moyen invoqué, ou, dans le cas contraire, de saisir la Cour de justice des communautés européennes d'une question préjudicielle [...] qu'en revanche, s'il n'existe pas de règle ou de principe général de droit communautaire garantissant l'effectivité du respect de la disposition ou du principe constitutionnel invoqué, il revient au juge administratif d'examiner directement la constitutionnalité des dispositions réglementaires contestées ».

De la lecture de ce considérant, ressort une sorte d'influence réciproque entre l'ordre juridique français et l'ordre juridique communautaire, cette influence se traduit par l'équivalence des protections par les deux ordres des droits fondamentaux. Donc, le Conseil d'Etat tient à la protection équivalente assurée par le juge communautaire qui, lui-même, en vertu de l'article 6 du Traité sur l'Union Européenne se base, notamment, sur les traditions constitutionnelles des Etats membres pour définir cette protection équivalente. Comme le souligne Monsieur F-X. Millet⁹⁹⁹ : « si la notion de protection équivalente permet dans une certaine mesure de pacifier les rapports entre le droit de l'Union et les droits internes, elle demeure fruste compte tenu notamment de la conception des droits fondamentaux qui lui est sous-jacente ainsi que d'une approche partielle de l'identité des ordres juridiques. En revanche, est à retenir l'intuition selon laquelle les chocs systémiques peuvent être amortis en substituant une logique bien comprise des droits fondamentaux à une logique stricte des ordres juridiques ».

Une lecture de l'arrêt KPMG, à la lumière de l'apport de l'arrêt Arcelor, nous pousse à se demander si entre le principe de sécurité juridique de droit interne et le principe de confiance légitime, il n'y aurait pas une équivalence des protections. Il serait intéressant de prospecter la démarche qu'adopterait le juge administratif dans le cas de figure, où il est saisi d'un recours contre un acte de transposition de droit communautaire pour violation, par l'acte transposé, du principe de sécurité juridique. Ou bien le Conseil d'Etat estimerait qu'il y a équivalence des protections entre les deux ordres, et dans ce cas-là, soit il statue sur la question, ce qui revient à reconnaître implicitement le principe de confiance légitime, soit, il saisit, par voie préjudicielle, le juge communautaire, dont l'interprétation s'impose au juge interne même en dehors des limites de la question¹⁰⁰⁰, et là aussi le juge administratif se

⁹⁹⁹ F-X. Millet, *Réflexions sur la notion de protection équivalente des droits fondamentaux*. RFDA 2012, p. 307.

¹⁰⁰⁰ CE, Ass. 11 déc 2006, société De Groot En Slot Allium, Lebon p. 512, concl. F. Seners ; AJDA 2007, 136 Chro. Landais et Lenica. « Considérant [...] qu'alors même qu'il ne faisait pas l'objet du renvoi préjudiciel, cette interprétation du traité et des actes communautaires, que la Cour était compétente pour donner en vertu du a) et du b) de l'article 234 du traité CE, s'impose au Conseil d'Etat ».

trouvera obliger d'adopter la conception communautaire de la sécurité juridique, notamment en son aspect protecteur de la confiance légitime. En revanche, s'il estime qu'il n'y a pas d'équivalent, la guerre des juges aura bien lieu. Cette guerre qui semble de plus en plus improbable grâce à cette orientation vers les droits fondamentaux équivalents.

Comme le précisait l'avocat général Monsieur P. Maduro dans ses conclusions sur l'arrêt société ARCELOR¹⁰⁰¹ : « l'article 6 TUE exprime le respect dû aux valeurs constitutionnelles nationales. Il indique aussi les remèdes propres à prévenir un réel conflit avec celles-ci, notamment en ancrant les fondements constitutionnels de l'Union dans les principes constitutionnels communs aux Etats membres. Par cette disposition, ces derniers se sont assuré que le droit de l'union ne menacera pas les valeurs fondamentales de leurs constitutions. Simultanément toutefois, ils ont transféré le soin de protéger ces valeurs dans le champ du droit communautaire à la Cour de justice. A cet égard, le Conseil d'Etat est dans le vrai s'il présume l'existence d'une identité entre les valeurs fondamentale de sa constitution et celles de l'ordre juridique communautaire [...] l'examen de la compatibilité des actes communautaires avec les valeurs et principes constitutionnels des Etats membres ne peut être effectué qu'au travers du droit communautaire lui-même, et est limité, pour l'essentiel, aux valeurs fondamentales qui font partie de leurs traditions constitutionnelles communes ».

La protection équivalente à travers le dialogue des juges apparaît comme un moyen pragmatique pour faire respecter la primauté du droit communautaire, non pas seulement par la CJUE, mais essentiellement par les juges nationaux.

Sous-section 2 : La fin de la dominance du courant objectiviste

Pendant longtemps en droit administratif, une seule vérité avait triomphé, celle de sa nature objective. Tous les défenseurs de cette idée ont rejeté, chacun à sa manière, toute reconnaissance de l'existence de droits publics subjectifs. L'idée dominante était, et l'est encore chez les traditionalistes, que la reconnaissance de droits subjectifs aux administrés opposables à l'administration porte en lui le risque d'entraver l'action administrative. Cette action administrative censée agir au nom de l'intérêt général sans qu'elle soit gênée par des intérêts personnels.

Le courant objectiviste, ayant dominé l'arène de la réflexion sur le sujet, avait imposé une lecture du droit administratif fondée sur des concepts objectif (la compétence,

¹⁰⁰¹ CJUE (grande chambre), 16 décembre 2008 Société Arcelor. Aff. C 127/ 07, Recueil de la jurisprudence 2008 I – 09895. Conclusions de l'avocat général M. Polares Maduro présentées le 21 mai 2008.

l'institution, l'acte...). Sans aller jusqu'à nier toute pertinence, voire toute logique, à la démonstration objectiviste, d'autres voies se sont élevées pour défendre une autre conception. En effet, une partie de la doctrine avait appelé à une lecture du droit administratif à travers une conception subjective. Malheureusement, cette conception n'a pas pu franchir le cercle de la réflexion pour voir le jour. Non pas que cette doctrine souffrait d'un quelconque déficit de rationalisme intellectuel, mais il faut reconnaître qu'elle n'avait pas eu les faveurs du Conseil d'Etat.

Actuellement, une véritable tempête subjectiviste perturbe le calme, régnant jusqu'à, dans le ciel objectiviste du droit administratif français. Cette tempête, qui n'est qu'à ses débuts, signe le début de la fin du droit administratif objectif. Ce mouvement de métamorphose n'est autre chose que l'aboutissement à la reconnaissance de droits publics subjectifs aux citoyens opposables à la toute puissante et impénétrable administration. C'est ce que d'autres appellent plus sobrement l'influence du droit européen sur les catégories du droit public.

La consécration par le Conseil d'Etat du principe de sécurité juridique qui porte en ses gènes celui de la protection de la confiance légitime n'est que le résultat de cette métamorphose.

Paragraphe 1 : Les conceptions des pères fondateurs du droit administratif

A partir du XIX^e siècle, une montée en puissance des théories subjectivistes a commencé à voir le jour. Comme le soulignait Monsieur B. Plessix¹⁰⁰² : « Par son épaisseur historique, par son adaptabilité au libéralisme, par sa sophistication intellectuelle et juridique, par sa dimension comparatiste, la théorie des droits publics subjectifs des administrés avait tout pour être l'archétype de la grande création doctrinale de la III^e République ». Un tel mouvement a provoqué une levée de bouclier de la part des objectivistes. En effet, pour ce courant, il est impensable que les relations administration / administré peuvent se nouer sous la forme d'un rapport de droit emportant des droits et des obligations de l'une à l'égard de l'autre.

Comme le relevait, dans sa thèse, Monsieur N. Foulquier : « Le vice irrémédiable du droit subjectif tenait, selon Duguit, à ses origines jus-naturalistes. S'il lui concédait d'avoir épaulé les conquêtes des libertés depuis le XVI^e siècle, il fallait dorénavant l'abandonner. Le

¹⁰⁰² B. Plessix, Droits publics subjectifs des administrés et doctrine de la III^e République. In Les droits publics subjectifs des administrés. Acte de colloques organisé par l'AFDA les 10 et 11 juin 2010. p. 34.

droit subjectif n'avait aucune valeur scientifique et n'était qu'un legs des idées métaphysiques de la Modernité [...] Duguit reprochait aux Modernes et à leurs féaux d'avoir retenu la volonté comme qualité substantielle de l'individu, pour fonder l'ordre juridique. Pour le Doyen de Bordeaux, il était inconcevable que le Droit de la société fût le produit des volontés individuelles¹⁰⁰³ ».

En effet, Duguit estime qu'il faut : « écarter absolument le point de vue subjectiviste, parce que de ce point de vue il est totalement insoluble. On ne peut arriver à formuler et à résoudre le problème du droit que du point de vue objectiviste, auquel je me place exclusivement dans tout cet ouvrage. Plus que jamais, je persiste à penser que c'est la condition indispensable pour établir une théorie vraiment réaliste du droit de l'Etat et donner des solutions qui puissent être qualifiées de scientifiques¹⁰⁰⁴ ». Duguit écrit plus loin que cette reconversion vers l'objectivisme juridique est due au fait que : « le subjectivisme qui pendant des siècles avait suffi à rendre raison de la protection due aux diverses situations juridiques, était impuissant devant les transformations profondes du monde moderne [...] de même le subjectivisme juridique devenait sans force et sans efficacité devant les transformations d'ordre solidariste qui s'accomplissaient de nos jours¹⁰⁰⁵ ».

En effet, pour Duguit, comme pour tous les tenants de l'objectivisme, ce qui poserait problème c'est la transformation des rapports de droit administration/administré en une sorte de rapports synallagmatiques gouvernés par l'égalité des parties. Hauriou pour sa part, à la différence de Duguit, s'est employé à embrasser le subjectivisme pour mieux l'étouffer. En effet, au début, Hauriou semblait faire de la place au subjectivisme dans sa conception de droit public.

Cette ouverture de Hauriou sur la conception subjective se prolonge à travers les recherches de son disciple J. Barthélemy¹⁰⁰⁶. Celui-ci demeure, avec Bonnard, les grandes figures du courant subjectiviste en droit public français. Le professeur B. Plessix résume la trajectoire du Doyen de l'école de Toulouse en ces termes : « Le professeur de Toulouse est alors connu pour avoir fait une percée remarquée dans le subjectivisme tout en ayant une vue déjà précise de ce qui est le droit administratif [...] Si Hauriou a osé personnifier

¹⁰⁰³ N. Foulquier, Les droits publics subjectifs des administrés, Emergence d'un concept en droit administratif français du XIX^e au XX^e siècle. Nouvelle Bibliothèque des Thèses. Dalloz 2003, p. 182.

¹⁰⁰⁴ L. Duguit, Traité de droit constitutionnel. Tome I. Troisième éd. Paris 1927. p. 19.

¹⁰⁰⁵ L. Duguit, op. cit. p. 24.

¹⁰⁰⁶ J. Barthélemy, Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés dans le droit administratif français. Paris LGDJ 1899.

l'administration et subjectiver la puissance publique, il ne s'est pourtant encore jamais risqué à entrevoir le droit administratif comme un ensemble de relations réciproques entre la puissance publique détentrice de droits subjectifs et les administrés également détenteurs de droits subjectifs sur cette même puissance publique. Un goût personnel déjà prononcé pour la sociologie et l'objectivisme, les linéaments de sa théorie de l'institution, une certaine crainte de fragiliser l'autorité de la puissance publique, la volonté d'un minimum de fidélité au droit positif, notamment au caractère de plus en plus objectif du recours pour excès de pouvoir, l'incitent à ne pas s'engager plus loin dans l'immédiat¹⁰⁰⁷ ».

En effet, Hauriou, en analysant les droits publics subjectifs à partir de la notion des droits acquis, estime qu'il faut distinguer selon que l'administration agit en tant que puissance publique ou en tant que collaboratrice de l'administré. Il écrit : « Dans la situation de puissance publique, les relations de l'administration et de l'administré sont de pur voisinage [...] l'administration est obligée seulement à ne pas sortir de la légalité en tant qu'elle règle la chose publique ; les actes de puissance publique qui violent la légalité entendue de cette façon objective sont annulés [...]. Dans la situation de gestion [...] les deux parties en présence ne sont pas à l'état de voisinage, mais à l'état de collaboration [...] Quand l'administration fait des actes de gestion, ce n'est plus seulement pour elle-même c'est aussi pour son collaborateur ; les allemands diraient que la situation devient subjective¹⁰⁰⁸ ».

Hauriou semblait bien être un tenant, sinon d'un subjectivisme total, au moins d'une conception mixte conjuguant l'objectif et le subjectif. Toutefois, par ses développements de la notion d'individualité objective dans son Précis de droit public, Hauriou, sans exclure l'élément subjectif, conclut à la primauté de l'élément objectif. En effet, le chef de l'école de la puissance publique estime que : « la personnalité juridique a pour support l'individualité objective d'une institution prise dans son ensemble [...] ainsi, les éléments de l'intérêt, du pouvoir de décision, de la fonction, avant d'être à la personne subjective, sont à l'individualité objective, puisque nous les retrouvons dans des institutions dont la personnalité n'est pas encore dégagée. Or, quand elle est née, il n'y a point de raison pour que ces mêmes éléments se détachent de l'individualité objective pour s'attacher à la personne subjective¹⁰⁰⁹ ».

Il faudrait analyser à la loupe tous les écrits du professeur Hauriou pour savoir exactement, si ce changement à l'égard de la prise en compte de l'élément objectif procède

¹⁰⁰⁷ B. Plessix, Droits publics subjectifs des administrés..., op. cit. p. 39.

¹⁰⁰⁸ M. Hauriou, La gestion administrative, étude théorique de droit administratif. Paris 1899, p. 64 et s.

¹⁰⁰⁹ M. Hauriou, Principes de droit public. Deuxième éd. Paris 1916, p. 90.

d'un prolongement d'analyse. Ou bien un ralliement à la pensée du Duguit, et par la même une rupture avec la sienne. Monsieur N. Foulquier s'est posé la question en ces termes : « On peut cependant se demander s'il ne s'agissait pas aussi d'une manière de légitimer les rapports d'autorité qui limitaient les droits subjectifs des administrés. Sinon, comment comprendre que ce qui, vingt ans plutôt, était susceptible d'une analyse subjective, devenait dorénavant nécessairement objectif, malgré les progrès de la jurisprudence administrative ? ¹⁰¹⁰ ».

Après le rejet du concept des droits publics subjectifs par les pères fondateurs du droit administratif du 19^e siècle, il était très difficile de venir soutenir le contraire. Néanmoins, l'analyse de ce rejet révèle, comme l'a brillamment soulevé, dans sa thèse, Monsieur N. Foulquier, une unité de façade parce que chacun avait une raison différentes des autres.

Deux auteurs ont essayé, par la suite, de reprendre le flambeau du subjectivisme ; le premier est J. Barthélemy, disciple d'Hauriou, rédige une thèse de doctorat consacré à la théorie des droits publics subjectifs des administrés. Au sujet de cette thèse, Monsieur B. Plessix écrit : « Peut-être est-il alors permis de voir plutôt dans cette thèse de Joseph Barthélemy une étape transitoire dans la pensée de Maurice Hauriou, une tentative confiée à un jeune élève, un test, dont le résultat négatif justifiera d'être rapidement laissé de côté, n'apportant rien à la façon dont Maurice Hauriou avait conçu son système et sa vision de l'Etat et du droit autour de la puissance publique et de l'institution¹⁰¹¹ ». Dans ses recherches, Barthélemy partait des postulats de son maître ; d'une part la théorie de l'institution, et d'autre part, celle de la gestion administrative. En effet, J. Barthélemy partait de l'idée que le recours pour excès de pouvoir est un contentieux des droits et non un contentieux des intérêts. Pour lui, le recours pour excès de pouvoir est un recours contentieux fondé sur la violation d'un droit subjectif¹⁰¹². Ainsi, il écrit : « le recours pour excès de pouvoir est la défense des droits subjectifs contre les actes de puissances publiques ; les droits subjectifs étant à la puissance publique non des buts, mais les limites, le recours pour excès de pouvoir ne peut aboutir qu'à une limitation de la puissance publique¹⁰¹³ ».

N. Foulquier a bien résumé la pensée de J. Barthélemy en écrivant : « Pour Barthélemy, la simple violation de la loi ne justifiait pas une action en justice. Les administrés ne pouvaient saisir le juge de la violation d'une loi que si celle-ci visait leurs intérêts

¹⁰¹⁰ N. Foulquier, Les droits publics ..., op. cit. p. 189.

¹⁰¹¹ B. Plessix, op. cit. p. 39.

¹⁰¹² B. Plessix, op. cit. p. 42.

¹⁰¹³ J. Barthélemy, Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés dans le droit administratif français, Paris 1899, p. 121. (Cité par N. Foulquier p. 586 et par B. Plessix p. 42).

personnels et non l'intérêt de la collectivité. Autrement dit, selon Barthélemy, le droit subjectif à la légalité n'existait qu'associé aux droits publics subjectifs que le recours pour excès de pouvoir protégeait [...] en effet, en associant ce droit aux autres droits publics subjectifs substantiels et en considérant que tous les droits subjectifs étaient des limites à la puissance publique, Barthélemy soutenait que les actes discrétionnaires n'étaient légaux que s'ils n'entamaient pas inutilement les droits des particuliers¹⁰¹⁴ ».

Si Monsieur N. Foulquier laisse entendre que l'apport de la thèse de J. Barthélemy n'a pas été estimé à sa juste valeur, notamment par sa légitimation du recours pour excès de pouvoir. Monsieur B. Plessix, en revanche, est plus catégorique dans son rejet, en estimant que : « dire que ces limites pouvaient être qualifiées de droits subjectifs des administrés n'apportait rien au progrès du contentieux de l'excès de pouvoir ; cela avait en revanche le fâcheux inconvénient de s'éloigner du droit positif, de la jurisprudence du Conseil d'Etat qui, depuis le Second empire, révélait sans ambiguïté que les limites à l'arbitraire administratif trouvaient leur source dans la loi ¹⁰¹⁵ ».

Le second auteur, en revanche, était un disciple de Duguit, il s'agit de R. Bonnard. L'étude de R. Bonnard des droits publics subjectifs est, surtout, une histoire d'un paradoxe. Toute sa démarche était d'inclure, en droit administratif, un raisonnement subjectif tout en restant fidèle à la conception de son professeur ; Duguit. Celui-ci, comme nous l'avons vu, avait basé toute sa conception du droit public sur le rejet définitif de toute tentative de subjectivisation de ce droit. Monsieur B. Plessix résume l'entreprise de R. Bonnard en ces termes : « il y a bien chez Bonnard la volonté de fabriquer tout de même un produit dérivé, qui, comme il le dit lui-même, est tiré de la pensée de Duguit, pour apporter à l'édifice incontesté de l'objectivisme juridique une pierre inédite : celle du droit public subjectif. Il ne s'agit donc absolument pas de renier le système objectiviste savamment construit par Duguit [...] Il s'agit simplement, en matière de droit administratif, de réinterpréter le droit subjectif dans un système objectiviste¹⁰¹⁶ ».

En effet, malgré la revendication de son attachement à l'œuvre de son maître, R. Bonnard n'hésite pas à souligner sa différence. Par exemple, lorsqu'il estime que : « en ce qui concerne les points de vue de Duguit et de Kelsen, il ne paraît guère possible de les suivre à raison de ce qu'ils éliminent complètement de la technique du droit l'idée de droit subjectif et

¹⁰¹⁴ N. Foulquier, Les droits publics subjectifs... op. cit. p. 586 et 587.

¹⁰¹⁵ B. Plessix, op. cit. p. 43.

¹⁰¹⁶ B. Plessix, op. cit. p. 47.

réduisent tout à la règle de droit et aux pouvoirs et devoirs qui en découlent. C'est qu'en effet, au-delà de ces phénomènes juridiques, il en est d'autres qui se produisent lorsque les individus entrent en rapport les uns avec les autres [...] les systèmes purement objectifs ne rendent pas compte comme il convient de cette participation de l'individu à la vie du droit¹⁰¹⁷ ».

Cela étant dit, pour le Doyen Bonnard, le droit public subjectif coïncide avec la soumission de l'administration au contrôle du juge seul capable d'introduire une certaine égalité des droits entre l'administration et l'administré. En effet, pour le disciple de Duguit, les droits publics subjectifs ne sont possibles que : « si on l'envisage comme un pouvoir d'exiger en vertu des règles de droit. Cependant, avec cette notion de droit subjectif, il reste, quand on retient l'idée de souveraineté de l'Etat, une difficulté pour le droit public subjectif de l'administré. Pour que le pouvoir d'exiger en vertu des règles de droit puisse appartenir à l'administré vis-à-vis de l'administration, il faut admettre que l'Etat, quoique souverain, est soumis au droit, puisque avec cette notion du droit subjectif, c'est une règle de droit qui vient imposer à l'Etat de donner satisfaction à l'exigence du particulier. C'est alors la question de l'Etat de droit qui se pose et sur laquelle il faut prendre une position affirmative pour rendre possible le droit public subjectif de l'administré¹⁰¹⁸ ». Il s'agit, pour R. Bonnard, comme fut le cas pour J. Barthélémy, de développer un droit public subjectif à la légalité qui se manifeste par le recours pour excès de pouvoir, celui-ci, étant, pour lui, un recours subjectif.

Comme le relève Monsieur N. Foulquier : « Bonnard était proche de Marie et de ses devanciers. La puissance publique était bien l'enjeu du droit subjectif à la légalité administrative. Ce droit était le moyen pour les particuliers de peser sur la puissance publique et d'en obtenir un exercice régulier et conforme à leurs intérêts [...] Le contentieux de l'excès de pouvoir n'échappait pas à ce schéma [...] non seulement (il) était un contentieux subjectif, mais il ne pouvait en aller autrement. Le droit subjectif à la légalité administrative n'en était que la formalisation qui avait manqué, selon Bonnard, à la bonne intelligence de cette institution¹⁰¹⁹ ».

Paragraphe 2 : La sécurité juridique, un élément du renouveau subjectiviste

L'autre apport du principe de sécurité juridique est de remettre ces querelles doctrinales à l'ordre du jour. En effet, la majorité de la doctrine, drapée d'une sorte de vertu

¹⁰¹⁷ R. Bonnard, Le contrôle juridictionnel de l'administration. Réédition Dalloz 2006, p. 41.

¹⁰¹⁸ R. Bonnard, Le contrôle juridictionnel de l'administration, op. cit. p. 53.

¹⁰¹⁹ N. Foulquier, Les droits publics subjectifs des administrés, op. cit. p. 591.

objectiviste, a applaudi ce nouveau-né, en tant qu'il respecte la tradition objective du droit administratif français. A travers l'examen que nous avons consacré au parallélisme entre le principe de sécurité juridique français et celui de la confiance légitime issu du droit communautaire, nous pouvons affirmer que le Conseil d'Etat a opté pour une sorte subjectivisation modérée. En effet, en vertu de cette conception, les rapports synallagmatiques administration/citoyens se nouent sous le signe de l'interdépendance. Cette subjectivisation modérée, à travers une interdépendance des droits et des devoirs, tranche avec le subjectivisme absolu où le créancier du droit prend l'ascendant sur le débiteur. Autrement-dit, le droit administratif d'aujourd'hui tend de plus en plus à une subjectivisation de ses notions et de ses bases. Un tel mouvement n'a été possible que sous l'impulsion d'une métamorphose des rapports administration/ citoyens.

En effet, dans sa quête d'égalité des droits et des moyens pour les défendre entre les personnes publiques et les personnes privées, force est de constater que le droit positif n'a pas réussi à relever les secondes au niveau des premières. En revanche, l'ouverture sur l'économie de marché et l'adoption de plus en plus de droits fondamentaux ont réussi à faire descendre l'administration au même niveau de protection que le citoyen. Toutefois, en raison de l'exercice de la souveraineté, des pans entiers de l'action publique demeurent privilégiés. Cela renvoie à la lecture tripartite, que nous avons proposée de l'action administrative. En effet, nous avons considéré que l'action administrative n'est pas la même selon qu'il s'agit de gouverner, administrer ou servir. Seul le premier volet peut prétendre à être un droit objectif étant donné son caractère politique et son rôle de détenteur de la souveraineté. Par contre, les deux autres paliers ne peuvent se détacher d'une conception subjective étant donné leur rôle à la construction d'une cohésion sociale. D'ailleurs, pour s'en convaincre, il suffit d'observer, d'une part, le développement du procédé contractuel au détriment de l'acte administratif unilatéral, et d'autre part, l'effacement des services extérieurs de l'Etat au profit des agences et des autorités régulatrices autonomes.

Comme le relève N. Foulquier : « Le contrat étant traditionnellement associé au droit subjectif, le développement de la contractualisation de l'action publique participe à l'acceptation de la notion, de droit public subjectif. En effet, dès lors que l'exercice de la puissance publique peut faire l'objet de conventions, peu d'obstacles s'élèvent encore contre

l'acceptation générale du fait que la puissance publique est bien l'objet des droits publics subjectifs des administrés¹⁰²⁰ ».

Dans cette optique, la récente consécration du principe de sécurité juridique apparaît comme un aboutissement vers une subjectivisation du droit administratif. En effet, par son volet équivalent au principe de protection de la confiance légitime, issu du droit communautaire, le principe de sécurité juridique protège notamment un droit public subjectif au respect par l'autorité publique de la croyance légitime du citoyen. C'est ce qui ressort, plus particulièrement, des arrêts Lacroix et Techna. Le juge administratif se base sur la psychologie du demandeur pour statuer, néanmoins, la portée de ce psychologisme est à minimiser étant donné le recours du juge à des garde-fous destinés à faire prévaloir équité. Ainsi, il y a le recours à la technique du standard, l'exigence de la bonne foi ou encore l'exception due à la protection d'un intérêt public.

L'analyse des arrêts rendus, par le juge administratif, sur le fondement du principe de sécurité juridique démontre qu'il s'agit d'espèces rendues en dehors de la sphère du pouvoir discrétionnaire de l'administration. Autrement dit, l'analyse de Bonnard, objet de toutes les critiques, se trouve aujourd'hui fondée. En effet, tout en respectant les fondements objectifs de notre droit administratif, il y a bel et bien des droits publics subjectifs opposables à la puissance publique.

D'ailleurs, dans ses travaux qui datent de 2001, c'est-à-dire, bien avant le prononcé de l'arrêt KPMG, N. Foulquier estimait que : « le principe de la confiance légitime puisse être le fondement d'un droit public subjectif, cela ne fait pas de doute : cela résulte de son objet [...] Le principe de la confiance légitime peut, sans conteste, être le fondement d'un droit public subjectif des particuliers ». Et de rajouter plus loin, avec un ton sanglant, que : « c'est finalement dans sa mise en œuvre que ce droit est vilipendé à cause de ses accointances avec le subjectivisme ou le psychologisme et la menace qu'il fait peser sur l'efficacité de l'ordre juridique, en faisant dépendre l'opposabilité des normes d'autorité, telles que les lois et règlements, de l'acceptation ou de l'attitude psychologique des particuliers [...] D'aucuns disent que c'est le monde à l'envers : le principe d'autorité au fondement de la puissance publique est renié. C'est même le Droit tel qu'il s'était construit en Occident, comme légitimation du pouvoir politique de domination, qui est remis en cause. On comprend alors le

¹⁰²⁰ N. Foulquier, op. cit. p. 505.

grief de subjectivisme¹⁰²¹ ». Malgré la pertinence du propos et la solidité du raisonnement, l'analyse est excessive. En effet, Monsieur Foulquier, comme c'est le cas de la majorité de la doctrine qui s'est intéressée au principe de confiance légitime, pèche par une surestimation de la portée de ce principe et de ses conséquences. D'ailleurs, c'est à cause de cette surestimation que le principe de confiance légitime est considéré, par l'auteur, comme source de désordres, d'incertitudes et d'insécurité juridique¹⁰²² et par la suite de lui nier la qualité de droit public subjectif.

Par son apport subjectif, le principe de sécurité juridique consacre, pour nous, un droit public subjectif. Toutefois, celui-ci n'est pas une négation des obligations objectives des administrés. La démarche du juge administratif n'est pas d'avoir, en fonction des modes, une préférence pour l'un ou l'autre, mais de juger en équité, en faisant ressortir celle-ci d'un équilibre entre le subjectivisme assimilé à la confiance légitime et l'objectivisme du principe de légalité. Dans cette entreprise, le juge administratif aura besoin de faire appel à d'autres principes. Ceux-ci auront pour objectif de lui donner une vue d'ensemble.

Section 2 : Les sous-principes de la sécurité juridique

Le principe de sécurité juridique, version française, porte bien dans ses germes, le principe de confiance légitime issu du droit communautaire. Cette sorte d'équivalence des protections, entre droit interne et droit communautaire, ne peut être crédible et efficace que si le droit administratif français reçoit les autres notions nécessaires à cette équivalence. Parce que pour atteindre l'équilibre optimal entre la sécurité juridique et la légalité, il faut recourir à d'autres notions qui ont pour rôle d'assurer une application rationnelle et une compatibilité totale. En effet, pour en arriver là, le droit administratif se doit s'ouvrir à plus de subjectivisme. Il en va de l'efficacité et la raison d'être d'un principe de sécurité juridique. Cette ouverture sur le subjectivisme n'est pas forcément à l'avantage du citoyen, ni un parti-pris contre l'autorité publique. Mais tout simplement la prise en compte, de façon concrète, du contexte de tout litige entre les deux principes. L'ouverture du droit administratif français sur le subjectivisme passe par l'adoption d'un ensemble de principes, ou plus précisément des sous-principes, qui guideront le juge dans sa recherche, de la plus possible, équité. Nous distinguerons les sous-principes qui seront amenés à gouverner l'action des pouvoirs publics de ceux applicables aux citoyens.

¹⁰²¹ N. Foulquier, op. cit. p. 512.

¹⁰²² N. Foulquier, op. cit. p. 512.

Sous-section 1 : La subjectivisation de l'action administrative

Le principe de sécurité juridique, à travers son corollaire de la protection de la confiance légitime, introduit plus de subjectivisme au sein de notre droit administratif réputé objectif. Ce subjectivisme aura, de plus en plus, tendance à se généraliser si le juge administratif va jusqu'au bout de la logique de sécurité juridique. En effet, d'autres sous-principes, fédérés par le principe de sécurité juridique, viendraient gouverner l'action administrative.

Paragraphe 1 : Le principe de proportionnalité

Le principe de proportionnalité n'est pas complètement étranger au droit administratif français. En effet, traditionnellement, c'est en matière des mesures de police administrative que ce principe s'emploie à réaliser une certaine régulation de l'action administrative. Déjà en 1974, G. Braibant estimait que : « Le principe de proportionnalité n'a pas été reconnu en droit, jusqu'à présent, dans le système français ; il n'a été affirmé, comme tel, ni dans la jurisprudence, ni dans la doctrine ; mais ce n'est pas à dire qu'il n'y joue aucun rôle. Le terme de « proportion » a été employé à plusieurs reprises, dans les arrêts du Conseil d'Etat, les conclusions de ses commissaires du gouvernement et les commentaires de la doctrine. Et même lorsqu'elle n'apparaît pas, l'idée est sous-jacente. Le juge administratif français a, en somme, appliqué le principe de proportionnalité sans le savoir, ou, plus exactement, sans le dire¹⁰²³ ». En effet, dès 1909, le Conseil d'Etat a eu l'occasion de juger que les pouvoirs publics ne peuvent limiter une liberté publique que dans les strictes limites du nécessaire. C'était à l'occasion d'une affaire où était en cause un acte administratif portant restriction à la liberté des cultes. Le Conseil d'Etat censure l'acte en cause en estimant que : « Si le maire est chargé, par l'article 97 de la loi du 5 avril 1884 du maintien de l'ordre dans la commune, il doit concilier l'accomplissement de sa mission avec le respect des libertés garanties par les lois. Il appartient au Conseil d'Etat, saisi d'un recours pour excès de pouvoir contre un arrêté rendu par application de l'article 97 précité, non seulement de rechercher si cet arrêté porte sur un objet compris dans les attributions de l'autorité municipale, mais encore d'apprécier, suivant les circonstances de la cause, si le maire n'a pas, dans l'espèce fait de ses pouvoirs un usage non autorisé par la loi¹⁰²⁴ ».

¹⁰²³ G. Braibant, Le principe de proportionnalité. In le juge et le droit public ; Mélanges offerts à Marcel Waline 1974 Tome II. p. 298.

¹⁰²⁴ CE, 19 février 1909, Abbé Olivier, Rec. 181. RDP 1910 note Jèze.

L'idée est la suivante : pour que l'exercice d'une liberté soit limité, il faudrait non seulement que l'ordre public soit menacé, encore faut-il que l'exécution des mesures de police ne peut rétablir l'ordre. C'est ce qui ressort de la jurisprudence Benjamin. Dans cette affaire, le Conseil d'Etat avait jugé que : « Considérant qu'il résulte de l'instruction que l'éventualité de troubles, alléguée par le maire de Nevers, ne présentait pas un degré de gravité tel qu'il n'ait pu, sans interdire la conférence, maintenir l'ordre en édictant les mesures de police qu'il lui appartenait de prendre ; dès lors, sans qu'il y ait besoin de statuer sur le moyen tiré du détournement de pouvoir, les requérants sont fondés à soutenir que les arrêtés attaqués sont entachés d'excès de pouvoir¹⁰²⁵ ». En effet, le juge administratif censure les actes des pouvoirs publics, limitant l'exercice d'une liberté, à chaque fois que les moyens utilisés sont jugés disproportionnés par rapport au risque porté à l'ordre public.

Le juge administratif fait appel à la proportionnalité à chaque fois que des mesures administratives en question seraient susceptibles d'entraver l'exercice d'une liberté publique. Ainsi, le droit administratif français utilise le principe de proportionnalité à travers sa recherche de l'équilibre entre l'exercice des libertés publiques et le maintien de l'ordre. Il s'ensuit qu'à chaque fois que les mesures administratives adoptées dépassent l'objectif recherché, le juge administratif censure de telles mesures. Le principe de proportionnalité, en tant que règle d'une relative à une bonne administration, permet au juge de veiller sur l'adéquation entre les objectifs et les moyens mis en œuvre pour les réaliser¹⁰²⁶.

Outre le domaine de la police administrative, le principe de proportionnalité se trouve à s'appliquer dans le domaine de l'expropriation. En effet, dans ce domaine, le juge administratif, qui était attaché à juger de manière générale et abstraite le contentieux lié à cette matière, s'est résigné à développer l'idée de la proportionnalité, notamment, à une époque caractérisée par le développement de l'interventionnisme économique de la puissance publique. Cette reconversion à la proportionnalité s'est illustrée à travers le contrôle de la

¹⁰²⁵ CE, 19 mai 1933, Benjamin. S. 1934.3.1 concl. Michel, note Mestre

¹⁰²⁶ Dans sa préface de la thèse de Monsieur X. Philippe intitulée « Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative française », Monsieur Ch. Debbasch parle du principe de proportionnalité en ces termes : « un principe fondamental qui inspire non seulement l'action de l'administration mais aussi toute activité humaine. Chaque être humain avant d'agir calcule les avantages et les inconvénients de ses actes et les confronte aux règles morales et juridiques auxquelles il adhère ou qui s'imposent à lui. W. Jellinek cité par l'auteur disait plaisamment (le problème de la proportionnalité est de savoir si l'on n'a pas tiré sur des moineaux avec un canon). Il faudrait ajouter que c'est aussi de savoir si l'on a le droit de tirer sur des moineaux et si cela correspond aux préceptes auxquels on adhère. C'est dire la dimension de toute étude de la proportionnalité : elle ne se résout pas en équation, elle comporte des variables et des inconnues que l'on ne peut négliger ». PUAM 1990.

balance des intérêts, celui-ci se traduit par une balance tripartite ; bilan – coût – avantages. Déjà en son temps, la doctrine à exprimer sa méfiance à l'égard d'un tel contrôle.

Ainsi, on a pu considérer que : « la règle (bilan - coût – avantages) consacre, en effet, une extension caractérisée des pouvoirs du juge. Elle le conduit, non seulement à exercer un contrôle normal, sur les motifs de fait, mais à contrôler l'adéquation de la mesure administrative à ces motifs de fait, c'est-à-dire à substituer sa propre décision à celle de l'administration ; or, l'on peut [...] craindre que statuant sur pièces, et longtemps après, il ne vienne ajouter à l'arbitraire de l'administration, un arbitraire à posteriori du juge¹⁰²⁷ ».

Monsieur M. Fromont, en revanche, estime que cette théorie du bilan n'est en rien le principe de proportionnalité appliqué aux libertés publiques. En effet, pour lui, la jurisprudence du bilan : « met en œuvre un simple contrôle de l'intérêt public. S'inspirant de la technique de rationalisation des choix budgétaires, alors fort en vogue [...] par la technique du bilan, le juge ne s'assure pas de l'existence d'une certaine proportionnalité entre les atteintes portées aux droits des individus et le but poursuivi, mais il s'assure de l'existence d'un réel intérêt public, lequel doit résulter du solde positif produit par la comparaison entre tous les inconvénients présentés par la mesure et l'avantage obtenu par la promotion de l'intérêt public visé par la mesure¹⁰²⁸ ». En revanche, Madame S. Calmes estime, pour sa part, qu'il n'y aurait : « aucune différence de nature entre le contrôle que Monsieur M. Fromont nomme contrôle de proportionnalité et le contrôle du bilan, qui seraient tous deux des contrôles de proportionnalité, dans lesquels de nombreux intérêts doivent éventuellement être pesés. Seule une différence de degré les distinguerait [...] la proportionnalité telle que l'entend l'auteur exigeant une stricte adéquation de la mesure à l'intérêt public, alors que la proportionnalité du bilan-coût-avantages est en effet plus approximative¹⁰²⁹ ».

Pour Monsieur J-M. Maillot : « si [le principe de proportionnalité] apparaît comme une technique essentielle offrant au contrôleur le pouvoir d'étendre son examen de l'acte contrôlé, la notion de proportionnalité semble destinée à demeurer un « standard juridique » dans la mesure où elle ne constitue pas une norme à part entière¹⁰³⁰ ». En revanche, pour Brunessen et Sirinelli, la proportionnalité est : « au service d'autres intérêts qu'elle permet de

¹⁰²⁷ J. Lemasurier, Vers un nouveau principe général du droit ? Le principe « Bilan – Coût – Avantages », Mélanges Waline, op. cit. p. 560.

¹⁰²⁸ M. Fromont, Le principe de proportionnalité. AJDA 1995, p. 156.

¹⁰²⁹ S. Calmes, op. cit. p. 259.

¹⁰³⁰ J-M. Maillot, La théorie administrativiste des principes généraux du droit. Dalloz 2003. p. 305.

faire prévaloir ou non selon les cas. Elle est indivisible des libertés fondamentales dont elle contribue à assurer le respect¹⁰³¹».

On n'a pu reprocher au principe de proportionnalité de conduire à un glissement de la légalité vers l'opportunité chaque fois que la qualification des faits découle, non de critères objectifs, mais d'une appréciation subjective¹⁰³². Il s'agirait, en effet, d'un passage du contrôle normal de la légalité, par l'examen de la conformité de l'acte aux règles qui s'imposent à son auteur, vers un contrôle maximum qui, lui en revanche, consiste à examiner son adaptation aux circonstances dans lesquelles il est pris¹⁰³³. Il s'agit de la coexistence équilibrée entre, d'une part, les formes du contrôle juridictionnel effectué par le juge administratif, et d'autre part, la nature de la compétence administrative en cause (liée ou discrétionnaire). Mais vu du côté du citoyen, la lecture de cet équilibre, à travers le principe de proportionnalité, se présente sous la forme d'une gradation de la protection de la sécurité juridique. Celle-ci, allant d'une sécurité juridique normale à une sécurité juridique minimale.

Sous l'impulsion du droit européen, le principe de proportionnalité, et indépendamment de toute référence au principe de sécurité juridique, entame sa percée en droit administratif français. Néanmoins, il s'agit plus d'une généralisation, voire une extension, qu'une reconversion au libéralisme. En effet, le Conseil d'Etat a commencé par recourir à la proportionnalité en matière de police administrative. Autrement-dit, dans un domaine régalien caractérisé par un pouvoir discrétionnaire. Il en résulte que le juge français est plus libéral que son homologue européen sur cet aspect de la question. En effet, le droit européen, en revanche, a développé le principe de proportionnalité dans le cadre du respect des libertés économiques. Comme le relèvent MM. Brunessen et Sirinelli : « L'emprise du droit de l'union européenne sur le droit public français suit un schéma similaire à l'influence du libéralisme politique. Il s'agit moins d'un bouleversement des conceptions existantes que d'un approfondissement de celle-ci [...] L'étendue des raisons d'intérêt général susceptibles de justifier les dérogations à ces libertés se trouve compensée par le contrôle rigoureux de leur proportionnalité¹⁰³⁴ ».

Comme c'est le cas pour le principe de confiance légitime, le principe de proportionnalité, avant de devenir un principe général du droit communautaire, est un principe

¹⁰³¹ B. Bertrand et J. Sirinelli, La proportionnalité. In *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, sous la direction de J-B Auby. p. 625.

¹⁰³² J. Waline, *Droit administratif*. Précis Dalloz, 23^e éd. 2010. p. 632.

¹⁰³³ D. Truchet, *Droit administratif*, PUF 4^e éd. 2011. p. 223.

¹⁰³⁴ Op. cit. p. 631.

d'origine allemande. Néanmoins, les juges de Luxembourg n'adoptent pas complètement la même conception que leurs homologues allemands. Deux raisons justifient cette différence d'approche, d'une part, ce n'est qu'en 1970 que le juge communautaire a commencé à se référer au principe de proportionnalité, alors qu'outre Rhin, celui-ci est vieux d'un siècle, d'autre part, la jurisprudence communautaire, ayant vocation à s'appliquer sur tout le territoire des Etats membres, assure une mise en compatibilité avec tous les systèmes juridiques de ces Etats. Le professeur J. Schwarze dénombre trois sortes de contrôles, effectués par le juge communautaire, sur le fondement de la proportionnalité. Il s'agit, pour l'éminent professeur, d'une part, d'un contrôle d'adéquation¹⁰³⁵, d'autre part, d'un contrôle de nécessité¹⁰³⁶ et enfin un contrôle de proportionnalité stricto sensu¹⁰³⁷.

A travers le principe de sécurité juridique, le principe de proportionnalité fait du juge une sorte d'arbitre dont l'intervention n'est plus de sanctionner ou annuler mais, au contraire, de concilier les intérêts opposés en l'espèce. Le principe de proportionnalité entre en relation avec le principe de sécurité juridique lorsque le juge administratif contrôle, s'il y a une atteinte à la sécurité juridique à partir d'un examen de la portée de l'atteinte aux intérêts publics et privés en cause. Ainsi, comme le souligne Monsieur Cassia : « Dans l'affaire Sté. KPMG, le Conseil d'Etat a retenu le caractère excessif au regard de l'objectif poursuivi par le décret litigieux des perturbations causées par ce texte aux relations contractuelles nées avant son entrée en vigueur¹⁰³⁸ ».

En effet, le juge examine la nécessité des moyens adoptés, leur adéquation au but poursuivi, et enfin, s'il n'y a pas disproportion entre les moyens mis en œuvre et les atteintes aux intérêts en présence, d'autre part, il y a recours à la proportionnalité, lorsque le juge examine, cette fois, la question de la réparation du dommage dû à la violation de la sécurité juridique. Nous avons vu que le juge communautaire, lorsqu'il estime qu'il y a violation de la

¹⁰³⁵ J. Schwarze, *Droit administratif européen*, op. cit. p. 901. « La cour de justice des communautés européennes a certes jugé dans certains arrêts qu'une mesure n'est conforme au principe de proportionnalité du droit communautaire que lorsque le moyen employé permet adéquatement d'atteindre le but poursuivi [...] La cour est consciente des difficultés qu'il y a à prévoir de manière exacte l'efficacité de mesures prises par les autorités. Elle se borne donc, dans son contrôle, à vérifier si au moment de leur adoption, les mesures n'étaient pas manifestement inaptes à atteindre le but fixé ».

¹⁰³⁶ J. Schwarze, p. 903 : « il (le contrôle de la nécessité) dans la plupart des cas où la cour de justice a recouru au principe de proportionnalité [...] le critère de nécessité signifie qu'une mesure n'est licite que lorsqu'il n'existe pas de moyen moins rigoureux pour atteindre le but visé. Parmi plusieurs instruments possibles (et adéquats), on ne peut donc choisir que celui qui entraîne les conséquences les moins sévères ».

¹⁰³⁷ J. Schwarze, p. 904 : « Enfin, la cour procède également, depuis peu, à un contrôle de la proportionnalité au sens strict, c'est-à-dire à une mise en balance de l'utilité d'une mesure pour la collectivité, d'une part, et de la restriction apportée aux droits protégés des ressortissants communautaires, d'autre part ».

¹⁰³⁸ P. Cassia, op. cit.

confiance légitime, ne recours qu'exceptionnellement à l'annulation de l'acte en cause. En effet, au choix de l'annulation, la CJUE peut lui substituer une modulation, une suspension ou une indemnisation. Il s'ensuit que le Conseil d'Etat devrait adopter la même démarche. Bien sûr cela emporte le risque d'une justice casuistique, dirait Madame S. Calmes, mais justement, n'est-ce pas, le premier rôle qui s'impose naturellement à toute justice.

Paragraphe 2 : Le principe de la loyauté

Outre la consécration d'un sous-principe de proportionnalité, le principe de sécurité juridique nécessite la reconnaissance d'un devoir de loyauté de la personne publique. La consécration de ce devoir représente le mécanisme le plus délicat dans la mise en œuvre du principe de sécurité juridique. En effet, une fois que ce principe est reconnu comme un devoir dont le respect s'impose aux personnes publiques, deux conséquences en découlent ; d'une part, la personne publique doit honorer tout engagement pris à l'égard du citoyen, tant que celui-ci n'y renonce pas, d'autre part, une moralisation de l'action publique. Ce deuxième volet ne fera pas l'objet de développement particulier dans le présent travail étant donné son caractère objectif et son existence dans des dispositifs juridiques disparates. Néanmoins, elle mériterait quelques mots. La moralisation de l'action publique sous peine de sanction demeure l'un des facteurs les plus efficaces pour assurer la sécurité juridique des citoyens dans leurs rapports avec la puissance publique. La moralisation est une notion plus politique que juridique, mais qui évoque un dispositif répressif. A titre d'exemple, le délit d'octroi d'avantage injustifié¹⁰³⁹, plus célèbre sous l'appellation du délit du favoritisme. Instauré par la loi du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marché, renforcée par celle du 29 janvier 1993, dite loi Sapin, le délit de favoritisme exige, sous peine de sanction répressive, une certaine probité et une moralité aux acheteurs publics.

Donc, la loyauté en droit administratif aurait pour conséquence que la personne publique honore tout ce qu'a été source d'espérances pour le citoyen. Ce volet de la loyauté, poussé à son maximum, présenterait le plus grave inconvénient du principe de sécurité juridique. En effet, la personne publique se trouve obligée d'honorer un engagement, source

¹⁰³⁹ L'incrimination du délit d'octroi d'avantage injustifié est stipulée au code pénal dans son article L 432- 14 : «Est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30000 euros d'amende le fait par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public ou exerçant les fonctions de représentant, administrateur ou agent de l'Etat, des collectivités territoriales, des établissements publics, des sociétés d'économie mixte d'intérêt national chargée d'une mission de service public et des sociétés d'économie mixte locales ou par toute personne agissant pour le compte de l'une de celles susmentionnées de procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaire ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service publics ».

de confiance pour l'administré, et ce même en cas de changement du régime juridique. Adopter la loyauté maximale comme solution pour les conflits des normes dans le temps serait, à nos yeux, un frein aux changements des dispositifs juridiques et une rupture de l'égalité des citoyens devant ces dispositifs. On peut même soutenir, qu'une loyauté sans limite serait l'ennemi de la démocratie. Les menaces qu'engendre son effet pervers dépasse, et de loin, les bienfaits espérés de cette loyauté. Néanmoins, un point d'équilibre est possible entre ces deux extrêmes. Tout d'abord, la personne publique peut, d'elle-même, faire preuve de loyauté envers les citoyens tant qu'elle ne contrarie pas l'intérêt général, même si elle demeure une exception à la légalité au nom de la sécurité juridique.

L'exigence de loyauté des personnes publiques n'est pas nouvelle, il suffit d'analyser les obligations déontologiques qui s'imposent aux agents publics. Toutefois, il s'agit d'une loyauté minimaliste, en effet, celle-ci se cantonne à un simple devoir de neutralité et une obligation d'impartialité. Toutefois, le juge administratif s'est souvent prononcé en fonction de considérations de loyauté, notamment, en matière de contentieux contractuel. Ainsi, comme l'affirme Monsieur P. Bourdon : « En droit administratif, le principe de loyauté des relations contractuelles a toujours été implicitement admis [...] En somme, la loyauté contractuelle est une donnée ancienne de la jurisprudence relative au contrat administratif illégal. Bien que le principe se soit fait de plus en plus discret à partir du deuxième quart du XX^e siècle, son influence n'a jamais disparu¹⁰⁴⁰ ».

Récemment, la notion de loyauté a fait une remarquable irruption dans le droit des contrats publics. Dans un arrêt rendu le 28 décembre 2009¹⁰⁴¹, le Conseil d'Etat a consacré la possibilité, pour les parties à un contrat administratif, d'invoquer devant le juge la violation de l'obligation de loyauté. En effet, en l'espèce, il s'agissait d'un contrat conclu entre deux communes, l'une des deux, la commune de Villeneuve-lès-Béziers, avait décidé de ne plus exécuter le dit-contrat, et de le résilier. La commune de Béziers, qui est l'autre co-contractant, saisi le juge du contrat pour réclamer des dommages et intérêts. Les juges de fond ont estimé, comme le soutenait la commune de Villeneuve-lès-Béziers, que le contrat était entaché de nullité et, par conséquent, de rejeter le recours de la commune de Béziers. Saisi en cassation, le Conseil d'Etat annule l'arrêt de la cour d'appel à la lumière de l'exigence de loyauté des relations contractuelles. En effet, les juges du Palais-Royal estiment que :

¹⁰⁴⁰ P. Bourdon, Le contrat administratif illégal. Dalloz 2014, p. 712-714

¹⁰⁴¹ CE, Assemblée 28 décembre 2009, Commune de Béziers. Recueil Lebon 2010 n° 304802. Office du juge saisi d'un contrat signé par le maire avant transmission au préfet de la délibération l'y autorisant.

« Considérant, en premier lieu, que les parties à un contrat administratif peuvent saisir le juge d'un recours de plein contentieux contestant la validité du contrat qui les lie ; qu'il appartient alors au juge, lorsqu'il constate l'existence d'irrégularités, d'en apprécier l'importance et les conséquences, après avoir vérifié que les irrégularités dont se prévalent les parties sont de celles qu'elles peuvent, eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, invoquer devant lui ; qu'il lui revient, après avoir pris en considération la nature de l'illégalité commise et en tenant compte de l'objectif de stabilité des relations contractuelles, soit de décider que la poursuite de l'exécution du contrat est possible, éventuellement sous réserve de mesure de régularisation prises par la personne publique ou convenues entre les parties, soit de prononcer, le cas échéant avec un effet différé, après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général, la résiliation du contrat ou, en raison seulement d'une irrégularité invoquée par une partie ou relevée d'office par lui, tenant au caractère illicite du contenu du contrat ou à un vice d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement, son annulation ;

Considérant, en second lieu, que, lorsque les parties soumettent au juge un litige relatif à l'exécution du contrat qui les lie, il incombe en principe à celui-ci, eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, de faire application du contrat ; que, toutefois, dans le cas seulement où il constate une irrégularité invoquée par une partie ou relevée d'office par lui, tenant au caractère illicite du contrat ou à un vice d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement, il doit écarter le contrat et ne régler le litige sur le terrain contractuel ».

Il en résulte que le juge administratif, avant de juger la portée de l'irrégularité qui entache le contrat, juge avant tout la légitimité de la demande en annulation à la lumière de l'exigence de loyauté des relations contractuelles. En effet, il s'agit d'empêcher un abus de droit, cela se rapproche de ce que les privatistes appellent ; le principe de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui. Comme a pu le relever L. Marguery : « L'exigence de loyauté des relations contractuelles de l'arrêt Béziers est analysée comme une traduction de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui [...] puisqu'elle interdit à une partie de se contredire ou de changer de position¹⁰⁴² ».

¹⁰⁴² Laure Marguery, La loyauté des relations contractuelles en droit administratif : d'un principe procédural à un principe substantiel. RFDA 2012. P. 663.

Ce mouvement de métamorphose, d'inspiration subjectiviste, du droit administratif se présente comme une chaîne où la loyauté n'est qu'un maillon parmi tant d'autres. C'est ainsi qu'on a soutenu que : « l'emploi progressif de la notion de loyauté par le juge administratif est significatif d'une hybridation croissante du droit administratif. Le métissage avec le droit privé, voire l'appropriation par le droit administratif de certains concepts propre au droit privé, peuvent être en exergue. Il est donc question d'une notion, a priori inhérente au droit privé, qui semble toutefois pénétrer le domaine du droit public¹⁰⁴³ ».

La question de la possible généralisation de l'exigence de loyauté à toutes les matières de droit public se pose d'elle-même. En effet, là aussi, on ne peut pas donner une réponse valable pour l'ensemble de notre droit public. C'est en fonction des trois niveaux de la mise en œuvre des politiques publiques que cette exigence doit être graduée. Elle est totale lorsqu'il s'agit d'administrer et de servir, en revanche, elle demeure relative lorsqu'il s'agit de gouverner. Cette portée relative se justifie par le souci de ne pas provoquer un immobilisme du droit et mettre en échec toute tentative de changement juridique. Quoiqu'il en soit, lorsque le juge constate le manque de loyauté, absolue ou relative, il y a lieu de conclure à un abus de droit. Celui-ci étant un effet pervers de la soumission des rapports publics à une conception objective du droit. Pour le juge, il s'agira d'examiner si manque de loyauté il y a, et d'examiner sa proportionnalité à la protection de l'intérêt public en cause. Dans l'affirmative de la première question, et la négative à la seconde, il y a bien une présomption d'atteinte à la sécurité juridique. Cette présomption devient irréfragable si le juge arrive à juger que le citoyen, qui estime son droit à la sécurité juridique violé, était de bonne foi.

Sous-section 2 : L'exigence de bonne foi avant le droit à la sécurité juridique

L'enfant terrible de l'école de Bordeaux, G. Jèze recommandait dans son ouvrage, Les principes généraux du droit administratif : « de prendre garde de ne pas abuser des raisonnements purement logiques, rigoureusement déduits de maximes juridiques courantes. A coup sûr, les maximes et les solutions purement logiques qu'on en tire sont très séduisantes par leur simplicité, leur rigueur, leur précision mathématique. Pourtant les argumentations exclusivement déductives et logiques sont très dangereuses. Le juriste a à résoudre non pas des problèmes de mathématique pure mais des problèmes sociaux éminemment complexes ; il doit s'efforcer de concilier les intérêts divers en conflit, d'obtenir le maintien de la paix sociale ».

¹⁰⁴³ Ana Beduschi-Ortiz, La notion de loyauté en droit administratif. AJDA 2011. p. 944.

Le principe de la sécurité juridique, qui se traduit comme le respect par l'administration de l'équité dans ses rapports avec l'administré, exige en retour de ce même administré de mériter cette protection. En effet, l'examen du respect de l'équité par l'administré se traduit par sa bonne foi. Et c'est là toute la complexité de juger la sécurité juridique. Parce qu'enfin de compte assurer la sécurité juridique d'une partie reviendrait à provoquer une insécurité juridique de l'autre, étant donné que le juge se trouve saisi pour départager deux ou plusieurs intérêts antagonistes. Il s'agit, en effet, non pas de juger la sécurité juridique, mais, au contraire, des sécurités juridiques. Et c'est à partir d'un équilibre entre ces sécurités juridiques, à travers l'examen de ces trois sous-principes, que le juge assure la sécurité juridique qui mérite protection, en fonction des éléments de l'espèce¹⁰⁴⁴.

La réalisation et l'aboutissement à une sécurité juridique n'est pas le fruit que d'obligations incombant, exclusivement, aux personnes publiques. Il faut, en outre, d'autres conditions que doit remplir le citoyen, il s'agit essentiellement de l'obligation de bonne foi. Il s'agit d'examiner la légitimité de l'aspiration du citoyen à une protection de sa sécurité juridique. La bonne foi de celui-ci est la condition qui rend légitime son aspiration à la sécurité juridique.

Le principe de bonne foi est le pendant de l'exigence de loyauté dans la mise en œuvre du principe de sécurité juridique. Le premier exprime l'état d'esprit du citoyen créancier du droit à la sécurité juridique, le second, en revanche, gouverne l'attitude des pouvoirs publics. En effet, si l'examen, par le juge, de la loyauté et la proportionnalité se focalise sur le comportement de l'administration, l'examen de la bonne ou mauvaise foi, en revanche, prend en compte celui du citoyen. Cette prise en compte de l'existence ou non de la bonne foi de l'administré se décline en deux subdivisions ; d'une part, la bonne foi comme état psychologique, et d'autre part, la bonne foi comme un standard juridique. L'un s'intéresse à l'élément subjectif, l'autre prend en compte la situation de bonne foi de manière objective. A cet égard, la bonne ou mauvaise foi du citoyen découle de l'examen de son comportement. En effet, il ressort de la jurisprudence du Conseil d'Etat qu'à chaque fois qu'il y a eu violation du principe de la sécurité juridique, le créancier de ce droit était de bonne foi¹⁰⁴⁵.

Les cabinets d'audit, la dame Lacroix ou encore la société Techna ont tous été de bonne foi, en effet, il ressort des éléments de ces espèces une caractéristique commune, à

¹⁰⁴⁴ B. Dalil, Le droit administratif face au principe de la sécurité juridique, these de doctorat, présentée et soutenue le 3 Juillet 2015, sous la direction de P. Brunet, Université de Paris-Ouest Nanterre la Défense. P. 300.

¹⁰⁴⁵ Idem. P. 302

savoir leurs espérances légitimes, ici en l'occurrence, la sauvegarde de la législation antérieure, suscitées par les actes ou les pratiques des pouvoirs publics, allaient se réaliser. Il en résulte que si le juge estimait que ces requérants étaient de mauvaise foi, le dénouement de leurs procès serait tout autre.

En matière de sécurité juridique, l'examen de la bonne foi, aussi bien dans son volet objectif que subjectif, diffère en fonction de la qualité du demandeur d'une part, et de la question litigieuse d'autre part. Pour la première partie de la distinction, plus le requérant est une personne avisée, moins sa bonne foi est déterminante. Par exemple, une entreprise ou un organe d'expert ne peut attaquer un changement de législation en soutenant uniquement qu'elle s'attendait de manière légitime au maintien de l'ancienne législation. En revanche, une personne profane, sans qualification particulière, sa bonne foi s'avère déterminante. D'autre part, la nature de la question litigieuse peut influencer les conséquences de la bonne foi. En effet, à chaque fois que l'intérêt public ne peut être réalisé que par l'atteinte à l'intérêt de la personne en cause, la bonne foi ne peut donner lieu qu'à une indemnisation du préjudice né de l'atteinte à la sécurité juridique. Cependant, lorsqu'il s'avère que l'intérêt public peut être réalisé autrement, la sécurité juridique doit être assurée.

En revanche, lorsqu'il s'avère que la condition de bonne foi n'est pas réalisée, toute prétention à la sauvegarde de la sécurité juridique, se trouve infondée. En effet, le citoyen, qui fait preuve de mauvaise foi, ne peut solliciter avec succès la protection de sa sécurité juridique. En droit administratif français, la prise en compte de la mauvaise foi n'est qu'implicite. Par exemple, en matière de retrait des actes créateurs de droit acquis, le Conseil d'Etat a toujours décidé que le retrait de tels actes est possible à tout moment lorsqu'ils étaient obtenus par fraude. Ainsi, il est de jurisprudence constante que les actes administratifs obtenus par des manœuvres frauduleuses, c'est à dire à travers une mauvaise foi, ne peuvent être créateurs de droits acquis opposables à l'administration. De la même sorte, lorsque la sécurité juridique est invoquée pour protéger une situation frauduleuse, elle a vocation à être rejetée.

Conclusion du chapitre II

La rencontre entre mauvaise foi et sécurité juridique peut intervenir à la suite, soit de manœuvres frauduleuses, ou à travers des omissions. Dans le premier cas, l'administré, devant une situation régulière, s'est mis délibérément en situation d'insécurité juridique à travers des procédés frauduleux. Dans ce cas-là, l'administré, présumé de bonne foi, induit en erreur l'administration, il s'ensuit qu'il est inconcevable qu'il aspire à une quelconque protection de sa sécurité juridique, celle-ci étant inexistante. Dans le second, l'administré n'induit pas en erreur l'administration mais profite d'une situation irrégulière ; en effet, si le citoyen, malgré sa connaissance de l'irrégularité de sa situation, spécule sur l'ignorance ou la tolérance de l'autorité publique, il est normal que dans ce jeu de chance il n'y a aucun droit à la sauvegarde de la sécurité juridique. Par contre, lorsque le citoyen s'est fié aux actes ou aux pratiques des pouvoirs publics, et ayant cru sincèrement en leur régularité, il n'a pas à supporter les conséquences de telles erreurs, sa sécurité juridique doit être protégée.

Conclusion du titre I

En conclusion, il est possible de relever que la progression de l'exigence de sécurité juridique dans l'ordre juridique est telle que les sujets de droit semblent penser qu'elle a été explicitement et généralement consacrée, comme en témoigne le fait qu'elle est invoquée par les auteurs des QPC (Question prioritaire de constitutionnalité)¹⁰⁴⁶.

Le renforcement de l'exigence de sécurité juridique n'est pour autant pas sans poser certains problèmes ou interrogations. Le principal problème résulte de ce que cette exigence reste assez largement insaisissable tout d'abord parce qu'elle se confond avec l'idée même de droit et d'État de droit, comme cela a déjà été précisé, mais aussi car ses différentes dimensions peuvent se révéler contradictoires. Ainsi et par exemple, elle implique la stabilité des relations contractuelles autant qu'elle peut constituer un motif d'intérêt général susceptible de la remettre en cause¹⁰⁴⁷.

La principale interrogation que soulève l'exigence de sécurité juridique est liée au fait qu'elle peut être analysée comme une manifestation de la subjectivisation de l'ordre juridique, au détriment de l'intérêt général. En ce sens, il est soutenu que la sécurité juridique relève d'un « substrat individualiste et libéral » qui remet en cause la logique holiste du droit administratif classique¹⁰⁴⁸ ou encore qu'elle participe de l'affaiblissement de la logique étatique et de l'assouplissement de la norme écrite¹⁰⁴⁹.

La sécurité juridique est certes l'un des droits fondamentaux dont le système place l'individu au centre du système juridique mais elle n'est pas que cela. Elle est aussi un motif d'intérêt général qui peut fonder une réduction des droits individuels et, d'ailleurs, alors qu'elle

¹⁰⁴⁶ V. par exemple, parmi les décisions les plus récentes, Conseil constitutionnel, décisions n° 2019-785 QPC du 24 mai 2019, M. Mario S. (Point de départ du délai de prescription de l'action publique en matière criminelle), § 3 ; n° 2019-774 QPC du 12 avril 2019, Société Magenta Discount et autre (Contrôle des prix et des marges en Nouvelle-Calédonie), § 5 ; n° 2018-738 QPC du 11 octobre 2018, M. Pascal D. (Absence de prescription des poursuites disciplinaires contre les avocats), § 5.

¹⁰⁴⁷ V. par exemple la décision n° 2018-761 DC du 21 mars 2018, Loi ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social, dans laquelle le Conseil constitutionnel a reconnu que la volonté du législateur de garantir la sécurité juridique des normes conventionnelles en droit du travail, en évitant la coexistence de règles de prévalence différentes selon la date de conclusion de ces accords et conventions est un motif d'intérêt général de nature à justifier l'atteinte portée aux accords et conventions en cours.

¹⁰⁴⁸ F. Melleray, « L'exorbitance du droit administratif en question », *AIDA* 2003, p. 1961.

¹⁰⁴⁹ B. Mathieu, « Réflexions en guise de conclusion sur le principe de sécurité juridique », CCC n° 11, décembre 2001.

a été érigée au départ comme un principe général du droit au bénéfice des administrés, elle restreint de plus en plus leur possibilité de contester les actes administratifs devant le juge¹⁰⁵⁰. La question qui doit dès lors se poser n'est peut-être pas de savoir si la progression de l'exigence de sécurité juridique doit s'analyser comme une régression de l'intérêt général mais dans quelle mesure elle peut s'accomplir sans aboutir à sa remise en cause.

¹⁰⁵⁰ S.Rudeaux, *Revue de droit fiscal*, n° 15-16, 9 avril 2020, p. 14.

Titre II : Le concept de sécurité juridique dans le discours juridique marocain

« Nul n'est censé ignorer la loi » cet adage qui n'est écrit nulle part, innerve tous les Systèmes juridiques. En effet, cette fiction exprime justement l'incapacité des destinataires du droit à le comprendre, à le prévoir ou à en percer le sens et à en cerner l'essence. L'inflation juridique, la mauvaise qualité formelle des lois, leur ésotérisme confirment la fiction de cet adage, surtout dans un contexte législatif tinté par l'abondance des textes et la multiplication des réformes. La sécurité juridique paraît comme une tautologie, étant que la sécurité est l'objectif même du Droit.

La sécurité juridique est implicitement garantie en droit marocain. C'est par le biais de principes dérivés que la sécurité juridique est assurée dans le contexte marocain. Il est d'ailleurs une idée creuse que de parler de la sécurité juridique en droit positif sans faire allusion à ses applications essentielles dans la mesure où « c'est en tant qu'il se traduit par tel ou tel principe ou règle dérivée que l'impératif de sécurité juridique prend tout son sens et, par-là, son efficacité »¹⁰⁵¹. Sous ce rapport, l'exigence de sécurité juridique reste substantiellement garantie et même semble être en constante progression dans l'ordre juridique.

Le discours juridique marocain est caractérisé par un souci implicite de sécurité juridique. En ce sens, les juristes accordent aux valeurs de certitude, prévisibilité et stabilité du droit une grande place dans leur ordre de discours. En retour, si les juristes marocains accordent une importance croissante au concept de sécurité juridique dans leurs discours, ils ne conçoivent pas la sécurité juridique comme un principe ou une règle de droit positif.

Pour pouvoir parler de la sécurité juridique au Maroc, il faut tout d'abord jeter un coup d'œil sur le système d'élaboration des lois au pays ;

Dans notre pays, les perspectives d'une réforme profonde et à court terme du processus et de la méthode de confection des lois en vue de l'inscrire dans une logique et selon une démarche d'ingénierie juridique ne semblent guère prometteuses. Pour comprendre les raisons à l'origine de ce blocage, le diagnostic du processus de production normative s'avère nécessaire.

¹⁰⁵¹ C. Landais et F. Lenica : « La sécurité juridique : la consécration » AJDA 2006, p.1028.

Pour ce faire ; je tenterai de savoir qui fait la loi une fois qu'il a été décidé de la faire, c'est-à-dire le processus de l'élaboration du projet des lois, ou sa « fabrication », au sens propre du terme, notamment au niveau du Secrétariat Général du Gouvernement ; ce qui nous intéresse dans ce sens c'est justement le fait d'étudier l'enjeu de l'accessibilité (**Chapitre I**), afin de relever ses effets sur la sécurité juridique(**Chapitre II**).

Chapitre I : Le SGG et l'enjeu de l'accessibilité

Acteur central du système de production normative, le Secrétariat Général du Gouvernement coordonne les actions législatives à la phase préparatoire entre les différentes administrations. Il anime le processus et veille à l'harmonisation des projets de textes, tant sur le fond que sur la forme, avec les normes en vigueur. En raison de la prépondérance de son rôle, le SGG essuie souvent les critiques inhérentes à la lenteur du processus et à l'insuffisance de la qualité des textes.

Afin d'apprécier l'importance et l'ampleur du rôle de cet acteur, il conviendrait de passer en revue son organisation, ses attributions et sa contribution à l'action normative (**Section 1**), avant de s'arrêter sur la promulgation de la loi et sa publication, et par la suite la question de l'accessibilité de cette loi (**Section 2**).

Section 1 : Le SGG : Coordination et finition du travail normatif

Le SGG est une institution qui a accumulé une expertise de plusieurs décennies puisqu'elle est l'une des premières administrations à être instituée par les services du protectorat français. Cependant, elle reste perçue comme un organisme homéostatique tant au niveau de sa mission que son organisation (**Sous-section 1**), tout cela va nous permettre de relever la contribution de cette institution à l'action normative (**Sous-section 2**).

Sous-section 1 : Organisation et missions du SGG

La création du SGG remonte à l'époque du protectorat. Le Secrétaire Général du Protectorat nommé à la tête de cette institution par décret présidentiel datant du 15 janvier 1913¹⁰⁵² se chargeait de la consolidation des affaires civiles et administratives et s'occupait, sous la tutelle du Délégué Résident Général, de la gestion et du contrôle de l'Administration Civile du Protectorat¹⁰⁵³.

Le dahir du 10 décembre 1955¹⁰⁵⁴ a modifié la dénomination de cet organe et consolidé sa mission dans la perspective de lui permettre d'assurer un rôle plus important,

¹⁰⁵² BO numéro 13 du 24 janvier 1913.

¹⁰⁵³ M.Bouaziz, le droit parlementaire marocain : La procédure législative, étude théorique et pratique, Mohammedia, éd Fdala, 2006, p.49.

¹⁰⁵⁴ Dahir du 25 rabii ii 1375 (10 décembre 1955) créant le Secrétariat Général du Gouvernement (B.O du 17 février 1956, p. 174.

notamment en terme d'édification d'un système juridique en phase avec les aspirations du Maroc indépendant.

Dans ce sens, l'article premier dudit dahir dispose que: « Il est crée auprès de la présidence du Conseil un Secrétariat Général du Gouvernement ». L'article 2 précise que le SGG est dirigé par le Secrétaire Général du Gouvernement, nommé par dahir et placé sous l'autorité directe du Président du Conseil, et qu'il assiste aux séances des conseils des ministres et des conseils de cabinet et peut être chargé par décret d'assurer l'intérim de l'un des membres du Gouvernement.

Le même dahir précise dans son article 3 que le SGG comprend les services nécessaires à l'action Gouvernementale et notamment à la coordination de l'activité des divers départements ministériels. Ces services sont adossés à la présidence du conseil.

Selon le même article, le SGG assure l'organisation et le Secrétariat des séances des conseils des ministres et des conseils de cabinet. Il se charge également de la centralisation et de l'instruction des affaires soumises à l'arbitrage ou à l'examen du président du conseil.

A la suite de ce dahir, le décret royal n° 856.66¹⁰⁵⁵ a conféré au Secrétaire Général du Gouvernement le rang et les prérogatives de Ministre. Bien qu'elle est venue confirmer une pratique déjà existante, cette consécration a conféré au SGG une certaine latitude pour intervenir au niveau des initiatives législatives émanant des différents départements ministériels¹⁰⁵⁶.

Ceci étant, comme on peut le constater à la lecture des deux textes, la dimension normative n'appert pas clairement à travers la définition ci-dessus de la mission du SGG, étant exprimée dans des termes assez généraux.

L'essentiel de la mission du SGG est focalisé sur la coordination et la finalisation de l'action normative. Son organisation reflète la prédominance de cet aspect de son activité.

De prime abord, on peut dire que, de par ses fonctions, le SGG se trouve au carrefour des institutions de l'Etat. En effet, ce département se définit comme ayant pour mission essentielle de veiller au bon fonctionnement du travail Gouvernemental.

¹⁰⁵⁵ BO n° 2817 du 26 octobre 1966, p.1178.

¹⁰⁵⁶ M. Bouaziz : op. Cit. p.49.

Cette mission se décline à travers les fonctions suivantes :

- La coordination de la préparation des projets de lois et de règlements émanant des différents départements ministériels. Il accompagne les projets de texte depuis leur conception jusqu'à leur publication au bulletin officiel et vérifie leur conformité avec les dispositions constitutionnelles et leur compatibilité avec les textes législatifs et réglementaires en vigueur ainsi que leur traduction le cas échéant.
- La prestation du conseil juridique au Gouvernement en donnant son avis sur les questions à caractère juridique émanant des administrations et des établissements publics. A ce titre, il répond aux questions portant sur l'interprétation des dispositions d'un texte au regard du contexte général tant constitutionnel que législatif et réglementaire.

A ces deux principales fonctions s'ajoute la mission de veiller à l'application des législations et réglementations en matières, notamment, de droit d'association et de certaines professions réglementées relevant de sa compétence. En outre le SGG préside la commission des marchés, chargée notamment de donner son avis sur tout projet de texte relatif aux marchés publics, conventions, concessions ou actes administratifs comportant exécution d'un service public, ainsi que sur toute question qui concerne la préparation, la passation, l'exécution, le règlement et la réception des marchés.

L'importance de la dimension normative dans le travail du SGG se dégage à la lecture du décret n° 2-83-365¹⁰⁵⁷ relatif à l'organisation de ce département. A ce titre, l'article 1^{er} dudit décret précise qu'il comprend, outre le cabinet du Secrétaire Général du Gouvernement :

- La direction des études législatives
- L'inspection générale des services administratifs
- La direction des affaires générales
- La direction de l'imprimerie officielle
- La direction des associations et des professions réglementées
- La direction administrative et financière
- La division de l'interprétariat

¹⁰⁵⁷ Décret du 7 jourmada I 1405 (29 janvier1985).

Il ressort de cette énumération qu'au moins quatre entités se consacrent au travail normatif, à savoir la direction des études législatives, la direction des affaires générales, la direction de l'imprimerie officielle et la division de l'interprétariat.

Le nouvel organigramme a regroupé certaines structures et étoffé d'autres.

S'agissant des ressources humaines, le SGG emploie 365 fonctionnaires.

Côté Budget, les crédits d'investissement inscrits sur la loi de finance 2009 pour le SGG est de 1,8 millions de dirhams. Les crédits de fonctionnement s'élèvent à près 7,5 millions au titre du même exercice.

En ce qui concerne **la direction des études législatives**, et aux termes de l'article 2 du décret sus mentionné, la direction des études législatives, acteur principal du travail normatif, est chargée de :

- Coordonner la préparation et assurer la mise au point des projets de lois et règlement.
- Veiller à la mise en œuvre de la politique Gouvernementale en matière d'actualisation et de codification de la législation et de la réglementation.

Pour ce faire, elle :

- Procède, sur le plan juridique, à l'examen de tous les projets de lois et de règlements en vue de vérifier leur conformité avec les dispositions constitutionnelles et leur compatibilité avec la législation et la réglementation en vigueur ;
- Prépare, en cas de besoin, les projets de textes législatifs et réglementaires qui ne relèvent pas de la compétence particulière d'un département déterminé ;
- Et instruit, sur le plan juridique, les demandes de conseil émanant des administrations et des établissements publics.

Il ressort de ce qui précède que la direction des études législatives constitue l'entité la plus importante au sein du SGG. Ceci est d'autant plus vrai que, dans la pratique, elle assure également les tâches de la direction des affaires générales¹⁰⁵⁸. C'est ce qui explique sa promotion, dans le nouvel organigramme publié en 2010, en direction générale.

¹⁰⁵⁸ M. Bouaziz, Op Cit., p. 50

On passe maintenant à **la direction des affaires générales**, cette direction est chargée normalement :

- de la centralisation des projets de lois et de règlement émanant des services publics et de leur transmission, après mise en forme, à l'une des deux chambres du Parlement ou leur soumission aux Conseils de Gouvernement et des Ministres, selon les cas ;
- et de la mise en forme des projets de dahirs en vue de leur soumission au sceau du Roi¹⁰⁵⁹.

Cette direction ne figure pas dans le nouvel organigramme en tant que direction autonome. Elle est absorbée par la direction générale de la législation et des affaires juridiques.

Pour **la division de l'interprétariat général**, elle assure la traduction officielle des projets de textes législatifs et réglementaires ainsi que tout autre travail de traduction qui lui est adressé par les administrations publiques. Elle comprend un service des textes législatifs et des traités et un service des textes réglementaires¹⁰⁶⁰.

On arrive enfin à la direction de l'imprimerie officielle, cette dernière assure la confection et la diffusion du Bulletin officiel du Royaume d'une part et l'exécution de tous travaux d'impression pour le compte des administrations publiques d'autre part. Elle comprend deux divisions chargées respectivement des affaires administratives et financières et des aspects techniques (impression) et commercial¹⁰⁶¹.

La structuration particulière de cette direction (présence des services financier et commercial) se justifie par l'importance de la dimension technique dans l'activité de cette direction, eu égard au volume des publications, et surtout par le fait que les travaux et prestations rendus font l'objet d'une rémunération.

A ce titre, le décret n° 2-97-645 du 29 juillet 1997¹⁰⁶² instituant une rémunération des services rendus par l'imprimerie officielle autorise le SGG à percevoir une rémunération en contre partie des travaux suivants :

¹⁰⁵⁹ Décret n° 2-83-365 du 7 Joumada I 1405 (29 janvier 1985) relatif à l'organisation du secrétariat général du gouvernement, article 5.

¹⁰⁶⁰ Art. 13 du même décret.

¹⁰⁶¹ Art. 7 et 8 du même décret.

¹⁰⁶² BO n° 4506 du 7 août 1997, p. 754.

- la publicité dans le BO des annonces légales, judiciaires et administratives ;
- les travaux d'impression exécutés pour le compte des administrations publiques ;
- la vente des ouvrages, recueils et brochures éditées ;
- l'accès au système d'information juridique (banques de données) ;
- la reproduction sur papier du BO microfilmé ;
- ainsi que la législation des numéros du BO des annonces légales, judiciaires et administratives¹⁰⁶³.

Cette entité a ainsi été érigée depuis le 1^{er} juillet 1997 en service de l'Etat géré de manière autonome (SEGMA) dont les dépenses, non imputées sur les crédits et le budget général, sont couvertes par des ressources propres qui proviennent essentiellement des biens, des produits ou des services rendus donnant lieu à rémunération.

Cependant, la logique de division des entités de cette direction semble manquer de pertinence. En effet, le service commercial gagnerait à être intégré dans la division administrative et financière alors que, comme son nom l'indique, la division technique ne devrait logiquement comprendre que les services à caractère technique tel la saisie, la mise en page, le tirage, l'assemblage, le tri, le pliage, la reliure, le massicotage, etc.

Il est à signaler que le bulletin officiel est créé par un arrêté du 2 septembre 1912. Il comprend 4 éditions en langue arabe¹⁰⁶⁴, à savoir :

- Une édition générale publiant les lois, les règlements et le texte en langue arabe des accords internationaux ainsi que toutes autres décisions ou documents dont la publication au BO est prévue par les lois ou les règlements en vigueur. Elle paraît le lundi et jeudi de chaque semaine¹⁰⁶⁵ ;
- Une édition des débats de la Chambre des représentants. Elle est de périodicité mensuelle.
- Une édition des débats de la chambre des conseillers, mensuelle également.
- Une édition des annonces légales, judiciaires et administratives.

¹⁰⁶³ Art. 1^{er} du décret n° 2-97-645 du 29 juillet 1997.

¹⁰⁶⁴ Art. 1^{er} du décret n° 2-80-52 du 16 octobre 1980 (BO n° 3549 du 5 novembre 1980, p. 792) , complété par le décret n° 2-97-958 du 5 décembre 1997.

¹⁰⁶⁵ La périodicité des différentes éditions du BO est fixée par arrêté du SGG n° 37-80 du 16 octobre 1980.

Le BO comprend également « ...une édition contenant la traduction officielle des lois et règlements ainsi que le texte en langue étrangère des accords internationaux lorsqu'aux termes de ces accords ledit texte fait foi soit seul, soit concurremment avec le texte arabe »¹⁰⁶⁶.

Il paraît le premier et le troisième jeudis de chaque mois.

En chiffres, l'imprimerie officielle tire, mensuellement, entre 65000 et 70000 exemplaires, toutes éditions confondues, distribuées auprès des abonnés et des points de vente. Entre janvier et fin octobre 2009, elle a tiré 800 exemplaires.

L'imprimerie ne se contente pas des BO. Elle imprime aussi des documents de diverse nature pour le compte des administrations. Cependant, l'arrivée en force du numérique effrite son chiffre d'affaires sur ce segment. A ce titre, elle a perdu son marché de permis de conduire et cartes grises la liant au ministère de l'Équipement et du Transport depuis leur numérisation. Cette nouvelle donne a conduit le SGG à initier un processus de rénovation globale de l'imprimerie officielle en perspective de la transformer en entreprise publique à part entière¹⁰⁶⁷.

Sous-section 2 : Contribution du SGG à l'action normative

L'examen des attributions des différentes entités du SGG, exposées ci-dessus, atteste de la diversité des champs d'action de ce département aussi bien au niveau de sa contribution à l'examen et l'étude des initiatives législatives et réglementaires qu'on lui soumet, qu'au niveau de l'élaboration, lui-même, de projets de loi dont la préparation ne revient pas à un département ministériel en particulier. C'est le cas, par exemple, des projets de loi organique régissant respectivement le Conseil constitutionnel et les commissions d'enquête parlementaires.

L'importance des attributions de ce département ainsi que son homéostasie l'exposent à la critique, ce qui l'a amené à initier quelques réformes, notamment la création d'un corps de conseillers juridiques de l'administration.

En sus du suivi en amont et en aval des textes normatifs, le SGG soutient les différents départements ministériels sur le plan technique, à travers une palette de prestations.

¹⁰⁶⁶ Idem, alinéa 4.

¹⁰⁶⁷ M.Hammoui, l'ingénierie juridique : une réponse aux défis de la complexité de la loi et aux exigences de l'amélioration de la qualité de l'environnement normatif, thèse de doctorat 2010, université Mohammed V Agdal Rabat, p.96.

Ce rôle de soutien puise ses fondements des dispositions de l'article 3 du dahir du 10 décembre 1955 qui précise que : « le secrétariat général du Gouvernement groupe à la présidence du conseil les services nécessaires à l'action Gouvernementale et notamment à la coordination de l'activité des divers départements ministériels. Il est chargé de l'organisation et du secrétariat des séances des conseils des ministres et des conseils de cabinet, ainsi que de la centralisation et de l'instruction des affaires soumises à l'arbitrage ou à l'examen du président du conseil ».

Le SGG se trouve ainsi au carrefour des différentes institutions constitutionnelles (le Roi, le Gouvernement, le Parlement et le Conseil constitutionnel), à l'instar du modèle français¹⁰⁶⁸.

Les dispositions ci-dessus ont été concrétisées par le Décret n° 2-83-365 qui a chargé la direction des études législatives de coordonner la préparation, d'assurer la mise au point des projets de lois et règlements et de procéder, sur le plan juridique, à l'examen de tous les projets demandés par les administrations et établissements publics au SGG. De même, le décret n°2-97-1093 instituant auprès du SGG un corps de conseillers juridiques a apporté le moyen de mise en œuvre de ces attributions.

Ainsi, le SGG se trouve érigé en coordonnateur de l'action normative et conseiller juridique privilégié de l'administration, à travers un ensemble de prestations dont les plus importantes sont exposées dans ce qui suit.

- Au niveau du conseil, le SGG assure :
 - 1- La préparation de notes au Premier Ministre concernant les avis et consultations juridiques rendus sur les questions soumises au SGG ;
 - 2- La prestation de conseil aux départements ministériels et autres démembrements du Gouvernement en matière normative.
- Au niveau de la confection des textes normatifs, le SGG se charge de :
 - 1- L'examen de la nécessité ou non de munir le projet de texte d'un préambule ;
 - 2- Le choix du style de rédaction : voir s'il y a lieu d'opter pour un style direct ou s'il convient de se référer à des dispositions figurant dans un autre texte ;

¹⁰⁶⁸ Soulignons toutefois que le statut des deux institutions, malgré une dénomination identique (SGG), est différent, dans la mesure où le SGG français est présidé par un membre du Conseil d'Etat alors que le titulaire du SGG au Maroc est un technocrate qui peut être issu de divers horizons et qui a rang de Ministre. Ceci dit, dans les deux modèles, le SGG se caractérise par une grande stabilité au niveau des dirigeants, étant souvent à l'abri des changements politiques qui affectent les gouvernements dans les deux pays.

- 3- L'assurance d'une formulation claire des textes ;
 - 4- La définition de la nature de la règle juridique : impérative ou supplétive ;
 - 5- La diffusion des projets de lois à tous les ministères pour avis et la collecte des feed-back s'y rapportant ;
 - 6- Et le suivi de l'examen des projets de textes législatifs, en collaboration avec les services du Ministère chargé des relations avec le Parlement, à l'étape de la procédure parlementaire.
- Au niveau des recours devant le Conseil constitutionnel, le SGG s'occupe de la préparation des mémoires soumis au conseil constitutionnel aussi bien dans le cas où l'initiative de soumission du texte au Conseil émane du Gouvernement que dans le cas où un texte a fait l'objet d'un recours émanant du Parlement. Le SGG se trouve alors appelé à élaborer les moyens de défense soutenant la position du Gouvernement.

Ceci ne signifie pas que les positions du SGG ainsi que ses commentaires et recommandations concernant les projets de textes des différents départements sont forcément en harmonie avec la vision et les objectifs de ces derniers et, partant, systématiquement acceptés par eux. Il n'est pas rare en effet que les deux parties soient ouvertement en désaccord, notamment lorsque le SGG émet des réserves sur certaines dispositions d'un projet de texte pour des raisons de non-conformité à d'autres textes en vigueur ou à la Constitution. Dans ce cas il motive, d'habitude, ses réserves par écrit, en rappelant lesdites dispositions ou la jurisprudence du Conseil constitutionnel afférentes aux points soulevé¹⁰⁶⁹. Ceci dit, le SGG ne saurait dépasser son rôle de conseil technique, le contrôle de constitutionnalité étant du ressort du Conseil.

Ceci étant, c'est au niveau du suivi de l'action normative que le rôle du SGG est fortement attendu.

Le suivi des initiatives législatives en général et Gouvernementales en particulier figure à la tête des préoccupations du SGG. L'objectif est de s'assurer que les projets de textes ne soient pas en contradiction avec les textes en vigueur.

¹⁰⁶⁹ M.Bouaziz, Op.Cit,p. 58.

A ce titre, le suivi assuré par le SGG, en collaboration avec d'autres acteurs, couvre la chaîne de traitement des textes normatifs depuis leur conception jusqu'à leur mise en application, en passant par la procédure d'adoption¹⁰⁷⁰.

En matière de coordination, la première action du SGG à cette étape est de s'assurer de la nécessité et de l'opportunité d'un texte normatif. L'objectif est d'éviter les doubles emplois et l'inflation des textes. Il assure aussi de l'absence d'empiètement entre les domaines législatifs et réglementaires et d'interférence entre les compétences de deux départements ministériels. Dans ce dernier cas, le SGG demande la constitution d'une commission interministérielle qui se chargera de refaire l'avant projet pour garantir l'harmonie de l'action normative et l'aboutissement du projet de texte.

Pour éviter que des textes élaborés par un département soient totalement remis en cause par le SGG, ce dernier est associé dès le lancement de l'idée du projet en vue de lui laisser le temps nécessaire pour faire toute étude préliminaire et d'assurer de la faisabilité du projet normatif. C'est le cas notamment lorsqu'il est question d'un projet de texte législatif de base.

Sur la base de la réponse du SGG le département concerné prend la décision de poursuivre son projet normatif, de le suspendre provisoirement en attendant que tous les justificatifs et les pré-requis soient réunis ou de sursoir à l'idée et explorer d'autres voies non normatives (agir par des incitations ou des actions de sensibilisation par exemple).

Cette coordination en amont est d'autant plus nécessaire que de nombreux textes revêtent un caractère transversal, nécessitant ainsi l'intervention de plusieurs départements, et une dimension technique importante exigeant l'intervention d'équipes pluridisciplinaires (techniciens du domaine en question, légistes, économistes, sociologue, ect.) pour aboutir à un texte bien conçu, intelligible et applicable. C'est le cas des textes concernant les questions socioéconomiques en général.

Concernant l'aide à l'élaboration du texte, au cours de cette étape, le SGG accompagne les travaux préparatifs du projet de loi, notamment au niveau de sa formulation, pour que celui-ci réponde à l'esprit et à la finalité de ses initiateurs et tienne compte des orientations politiques qu'il sous-tend.

¹⁰⁷⁰ Voir pour plus de détails sur la question : A.Fountir. L'action législative au Maroc ;ses origines historiques et ses références constitutionnelles, thèse de doctorat d'Etat en droit, 2001, p.652 et s.

A ce stade, la question de la nécessité du texte étant réglée avec les initiateurs du texte, le SGG se penche avec les auteurs du projet sur la finalisation de sa rédaction. A ce titre, il contrôle sa préparation depuis la méthodologie de rédaction jusqu'à sa mise en forme, son impression et sa diffusion aux membres du Gouvernement en perspective de son examen en conseils du Gouvernement et des ministres avant son dépôt devant le bureau de l'une des deux chambres du Parlement.

Pour avoir une idée de l'ampleur du travail assuré par le SGG à ce titre, il y a lieu de préciser qu'il a traité, en 2009 par exemple, plus de 4600 textes. De même, il a préparé, entre novembre 2008 et décembre 2009, 208 textes normatifs pour le Conseil de Gouvernement et 323 pour le Conseil des ministres, tous adoptés par lesdits Conseils¹⁰⁷¹.

D'habitude, le contrôle du SGG consiste à s'assurer que :

- La formulation du texte est claire, simple et saine de toute faute de langue ;
- Le vocabulaire choisi ne prête à aucune confusion ;
- Les verbes utilisés sont au présent de l'indicatif et non au futur, ce dernier ayant valeur contraignante ;
- Le texte ne comprend pas des abréviations ou des mots explicatifs entre parenthèses ou des notes de bas de page ;
- Les règles de ponctuation sont respectées, vue l'importance de celle-ci en terme de précision sur le plan juridique ;
- Le texte est structuré en livres, titres, chapitres, sections et articles, lorsqu'il s'agit de textes volumineux, ou diversé directement en articles dans le cas contraire. Certains textes comprennent un article unique, notamment lorsqu'il s'agit d'un projet portant modification d'un article d'une loi ou ratification d'une convention par exemple ;
- Les articles sont divisés en alinéas : cet aspect est capital notamment lorsque le Gouvernement ou la commission parlementaire concernée exigent un vote partiel¹⁰⁷² ;
- Les articles sont numérotés de manière séquentielle de 1 à N et le recours aux numéros bis, ter etc. réservé à la modification des textes déjà en vigueur ;
- Les amendements sont portés sur le texte initial et non pas sur la version modifiée ;

¹⁰⁷¹ Chiffres collectés lors des entretiens avec les responsables du SGG.

¹⁰⁷² Art. 72 du règlement intérieur de la Chambre des représentants (29 janvier 2004) et art. 150 du règlement intérieur de la chambre des conseillers.

- Les nouvelles dispositions à apporter à un texte existant codifié sont introduit dans le code en vigueur en tant que texte modifiant ou complétant ce dernier et non dans un texte autonome.

Cette grille des critères d'examen et de contrôle des projets de texte n'est consignée nulle part, aucune note, circulaire ou procédure n'étant élaborées à ce sujet. Elle découle, néanmoins, de la pratique et de l'expertise accumulée par les cadres en charge de cette fonction.

On passe maintenant au suivi a posteriori, ce dernier intervient dès que le texte est approuvé par les deux chambres du Parlement. Ce rôle n'apparaît que partiellement dans les textes régissant les attributions du SGG. A ce titre, l'article 5 du décret régissant l'organisation du SGG précise que la direction des affaires générales « ...assure, également, la mise en forme des projets de dahirs en vue de leur soumission au Sceau de Sa Majesté le Roi ». Le dahir en question peut être celui portant promulgation d'une loi.

En effet, dès la réception du texte de loi, définitivement approuvé par le législateur, provenant du Premier ministre, le SGG prépare le projet de Dahir de promulgation et soumet le tout au Roi pour qu'il y appose son Sceau, et ce en application des dispositions de l'article 50 de la constitution du 2011 selon lesquelles « Le Roi promulgue la loi dans les trente jours qui suivent la transmission au gouvernement de la loi définitivement adoptée. La loi ainsi promulguée doit faire l'objet de publication au Bulletin officiel du Royaume dans un délai n'excédant pas un mois, courant à compter de la date du dahir de sa promulgation».

Ceci dit, au-delà de la préparation du dahir de promulgation, le SGG procède à une ultime révision de la loi pour s'assurer qu'elle ne comporte pas d'erreurs et que le Parlement n'y pas introduit des modifications non conformes à la constitution et aux lois en vigueur.

A ce propos, le SGG précède d'office à la correction des erreurs matérielles simples telles une lettre qui a sauté, un retour à la ligne non respecté, un signe de ponctuation omis, etc. Par contre, lorsqu'il s'agit d'une erreur substantielle, susceptible d'affecter l'application de la loi ou d'une disposition de celle-ci, le SGG retarde la procédure menant à la publication, en attendant de trouver le moyen de résoudre le problème en concertation avec le département concerné¹⁰⁷³.

¹⁰⁷³ M.Bouaziz, Op.cit., p.64.

Par contre, le problème est tout autre lorsqu'il est question de non-conformité à la constitution de certaines dispositions d'un texte. Dans ce cas, le SGG prépare une note au Chef du Gouvernement aux fins de renvoi au Conseil constitutionnel dudit texte.

En définitive, le rôle du SGG porte foncièrement sur les aspects formels, s'agissant de se conformer aux techniques de rédaction des textes. L'examen du fond est plutôt relégué au Parlement. De ce fait, le SGG endosse la responsabilité de l'orientation technique du travail normatif.

Une responsabilité aussi conséquente – étant question de veiller, tout au long du processus, à produire des textes respectant les impératifs de forme et de fond d'une réglementation de qualité – nécessite un travail rigoureux et une ouverture permanente sur les évolutions récentes de l'ingénierie juridique. Or, il semblerait que, faute d'une appropriation suffisante de ces techniques, le SGG s'expose de plus en plus à la critique.

Le SGG joue un rôle primordial en ce qui concerne l'accompagnement de l'évolution de l'ingénierie juridique au Maroc. N'ayant pas su anticiper l'évolution de son environnement, le SGG a dû faire face à des critiques multiples. Pourtant, aucune réponse globale et intégrée n'a été formulée pour rénover l'action normative.

Au vue de la diversité des structures et des fonctions à vocation normative au sein du SGG, l'on ne peut, en théorie, qu'être confiant quant à la qualité des initiatives Gouvernementales dans les domaines législatif et réglementaire, étant étroitement suivies lors de la phase préparatoire. Néanmoins, le fait est que des voix s'élèvent de plus en plus pour dénoncer les insuffisances à la fois de la qualité des textes et de la cadence du processus normatif, en pointant particulièrement du doigt ce département.

A ce titre, la pression législative résultant d'un certain nombre de facteurs d'une part et l'évolution des techniques d'ingénierie juridique d'autre part ont mis en exergue les carences des méthodes de travail du SGG et son incapacité à suivre le rythme et s'appropriier les nouvelles techniques de confection des textes.

En effet, la conjugaison, dès le début de la dernière décennie du siècle dernier, de plusieurs facteurs a conduit à l'accroissement du nombre de projets de textes législatifs et réglementaires, à tel point qu'il n'est pas exagéré de parler d'une inflation normative. Il s'agit notamment de :

- L'accentuation du mouvement de libéralisation et de déréglementation de l'économie, à travers la privatisation, l'abolition des monopôles et la création d'organes de régulation (CDVM, ANRT, HACA, CSC, etc.) ;
- La réforme des principaux textes pour accompagner le processus ci-dessus et assurer la mise à niveau de l'économie (réformes des textes relatifs aux télécommunications, au commerce et aux sociétés commerciales, au secteur bancaire et financier, à l'audiovisuel, à la propriété intellectuelle et industrielle, au travail, etc.) ;
- La transition politique et l'ouverture du pays sur les référentiels universels en matière de démocratie et des droits de l'homme, d'où la révision des textes ayant trait à ces domaines (code de la famille, code de procédure civile, code de procédure pénale, loi sur les partis politiques, loi régissant les associations, code de la presse, code électoral, loi organique régissant le conseil économique et social, etc).

Sur un autre plan, la technique législative a évolué avec l'introduction de la codification, des études d'impacts et des lois expérimentales entre autres. Cependant, le SGG ne s'est pas ouvert sur ces techniques.

Le résultat est que le SGG, longtemps considéré comme le garant de la haute qualité des textes normatifs, s'est retrouvé à essuyer les critiques des parlementaires et des analystes. Les reproches mettent en exergue la lenteur du rythme de production et mise en circuit des textes d'une part et la détérioration de la qualité des textes soumis à l'approbation d'autre part.

Comme pour les autres ministères, la discussion annuelle, en commissions, du budget du SGG lors de l'examen du projet de loi de finances constitue habituellement l'occasion d'évoquer le rôle et apprécier la contribution de ce département à l'action normative. De manière générale, les parlementaires n'hésitent pas à attribuer au SGG la responsabilité de tout recul de la production législative¹⁰⁷⁴.

En outre, le Secrétaire Général du Gouvernement a été interpellé par une question orale émanant de certains représentants issus du groupe USFP¹⁰⁷⁵ durant le 2^{ème} mandat législatif (1997-2002) ce qui n'est pas habituel. La question, posée le 10 novembre 2000, décrit le problème en ces termes : « Nous avons évoqué dans nos précédentes interventions la lenteur

¹⁰⁷⁴ M.Bouaziz, op.cit., p.52.

¹⁰⁷⁵ Union Socialiste des Forces Populaires.

et le manque de diligence de la part des organes du SGG quant à l’approbation et à la mise en circuit des projets de textes (...). Pourquoi sont gelés de nombreux projets de textes portant sur la mise en œuvre des chantiers de réforme objets de la déclaration Gouvernementale approuvée par le Parlement¹⁰⁷⁶?».

La réponse à la question a été exposée par le Secrétaire Général du Gouvernement le 3 janvier 2001. Quelques semaines plus tard, il est revenu, dans un entretien avec la vie économique, sur les contraintes que rencontre son département.

A ce propos, le SGG a confirmé la lenteur de la cadence du travail de préparation des textes normatifs et en attribue la cause à deux facteurs importants :

- Les départements ministériels ne disposent pas de services juridiques spécialisés et qualifiés, en mesure d’assurer une préparation de qualité des avants-projets. L’existence de telles entités pourra épargner au SGG la reprise de 80% à 90% des textes qui lui sont soumis.
- Le SGG s’en trouve alors surchargé, ce qui accentue l’insuffisance de ses ressources humaines, d’autant plus qu’il peine à recruter des juristes à haut potentiel en raison de l’érosion de l’attractivité de l’administration fortement concurrencée par le secteur privé, capable d’offrir des avantages et des possibilités de carrière nettement attrayants¹⁰⁷⁷.

L’insuffisance des ressources humaines au SGG est d’autant plus problématique que ce département ne juge pas l’intérêt de recourir à des prestataires externes (les bureaux d’étude) pour bénéficier de leur expertise et contracter avec des experts internationaux dans ce domaine.

De ce fait, la formation de cadres supérieurs spécialisés propre au SGG s’avère nécessaire. Une partie de ces cadres peut être détachée auprès des différents départements ministériels comme correspondants et relais de l’action et de la méthodologie du travail normatif prôné par le SGG. Ce faisant, les après projets que recevra le SGG des différents départements seront des projets en bonne et due forme et non pas des projets à refaire comme c’est le cas à présent.

¹⁰⁷⁶ Allusion faite au vote par le Parlement de la déclaration du Gouvernement Youssefi en date du 24 avril 1998.

¹⁰⁷⁷ Interview publiée à « la vie économique » n° 4102 du 26 janvier 2001 sous l’intitulé « Les projets de textes de loi tardent à sortir en raison du manque de moyens alloués au SGG », p. 8.

C'est dans cet esprit qu'un corps de conseillers juridiques des administrations a été institué.

Si le besoin de rénover l'organisation, les attributions et les méthodes de travail du SGG est patent, les réponses apportées par le plan de réforme propose restent parcellaires et ne s'inscrivent pas dans une logique de réforme d'ensemble.

Pour dépasser le problème du manque d'attractivité du SGG et lui permettre d'attirer des ressources humaines à haut potentiel, un corps des conseillers juridiques des administrations a été institué par décret¹⁰⁷⁸. Aux termes de l'article 2 dudit décret, les conseillers juridiques des administrations assurent, sous l'autorité du Secrétaire Générale du Gouvernement, les attributions suivantes :

- Examiner, du point de vue juridique, les projets de lois et règlements pour vérifier leur conformité avec les dispositions constitutionnels et leur compatibilité avec la législation et la réglementation en vigueur et s'assurer du respect du partage, dicte par la constitution, entre les domaines respectifs de la loi et du règlement ;
- Préparer les projets de textes législatifs et réglementaires qui ne se relèvent pas de la compétence particulière d'un département détermine.
- Instruire les demandes de consultations juridiques émanant du chef du Gouvernement et des autres autorités Gouvernementales ;
- Etudier et d'élaborer, en liaison avec les départements ministériels concernes la codification et la simplification des textes législatifs et réglementaires afin de les rendre plus accessible au public en général et aux opérateurs en particulier ;
- Mener les études et réflexions requises sur les évolutions récentes de la législation et de la réglementation permettant la rédaction de rapports d'évaluation dans le domaine concerné ;
- Et assister, à leur demande, en qualité de commissionnaires du Gouvernement, les autorités Gouvernementales lors de l'examen des projets de lois par les commissions parlementaires permanentes.

Telles que définies par le décret susmentionné, les attributions des conseillers juridiques apportent des fonctions nouvelles qui ne figuraient pas dans le texte fixant les

¹⁰⁷⁸ Décret numéro 2-97-1039 du 26 janvier 1998 instituant au SGG un corps de conseillers juridiques des administrations, BO numéro 4558 du 5 février 1998, p.90.

attributions du SGG. C'est le cas notamment de la rédaction des rapports d'évaluation des textes normatifs se rapportant à des secteurs en particulier¹⁰⁷⁹.

Néanmoins, force est de constater que, près d'une décennie après l'institution de ce corps, les études en question se font attendre, ce qui laisse supposer que le problème n'est pas uniquement celui de ressources humaines. C'est aussi une question de révision de mission et d'organisation, mais surtout et avant tout de prise de conscience et de volonté politique.

En effet, le dahir de 1955 créant le SGG n'explicite pas la mission de ce dernier en matière normative. Les quelques dispositions qui traitent de ladite mission précisent que le SGG :

* « assiste aux séances des conseils des ministres et des conseils de cabinet » et « peut être chargé par décret d'assurer l'intérim de l'un des membres du Gouvernement »¹⁰⁸⁰;

*groupe à la présidence du conseil les services nécessaires à l'action Gouvernementale et notamment à la coordination de l'activité des divers départements ministériels¹⁰⁸¹ ;

* « est chargée de l'organisation et du secrétariat des séances des conseils des ministres et des conseils de cabinet, ainsi que de la centralisation et de l'instruction des affaires soumises à l'arbitrage ou à l'examen du président du conseil¹⁰⁸² » .

Ceci dit, le décret numéro 2-83-365 du 29 janvier 1985 relatif à l'organisation du SGG traite des attributions des différentes entités et précise les activités ayant trait à l'aspect normatif notamment au niveau de la direction des études législatives. Cependant, bien que cette direction comprend une division des études générales, cette dernière ne s'occupe que de la codification et de la réforme législative (un service) et des relations avec la chambre des représentants (l'autre service).

Ainsi, en parcourant l'organigramme du SGG, on s'aperçoit qu'il ne comprend pas les structures même d'assurer la prise en charge de certaines fonctions, pourtant primordiales pour un travail normatif moderne, notamment :

- la réalisation des études et des évaluations normatives (études d'impact, évaluation législative ex post, prévention de l'inflation normative, etc.) ;

¹⁰⁷⁹ M.Hammoumi, L'ingénierie juridique ; une réponse aux déficits de la complexité de la loi et aux exigences de l'amélioration de la qualité de l'environnement normatif, Op, Cit ; p.107.

¹⁰⁸⁰ Alinéas 4 et 5 de l'article 2.

¹⁰⁸¹ 1er alinéa de l'article 3.

¹⁰⁸² 2ème alinéa 2 de l'article 3.

- la promotion de la qualité des textes normatifs ;
- la simplification de la loi et des procédures administratives et la dématérialisation des procédures ;
- l'accessibilité du droit et la promotion de sa diffusion ;
- la programmation de l'activité normative ;
- etc.

C'est à dire l'importance de réviser tant la mission, l'organisation, le système d'information ainsi que le profil et le statut des ressources humaines recrutées.

Par rapport à la marche générale des projets d'informatisation, le SGG figure parmi les départements qui ont adhéré tardivement à l'e-administration. Il a fallu attendre 2007 pour voir le site du SGG opérationnel¹⁰⁸³. Cependant, les possibilités de recherche, d'exploitation et de diffusion de l'information juridique et légale y sont encore assez limitées sur le plan technique.

Le site présente, en arabe et en français, un certain nombre d'informations ayant trait notamment :

*aux attributions et à l'organisation du SGG ;

*aux textes parus au BO ;

*aux travaux des conseils de Gouvernement et des ministres (les ordres du jour et comptes rendus) ;

*aux procédures concernant les associations et les professions réglementées ;

*aux textes de référence et avis de la Commission des marchés.

Le site comprend aussi un espace e-service dédié au suivi par les concernés des demandes d'autorisation d'exercer ainsi qu'une documenthèque contenant certains codes et textes de loi, des conventions et accords internationaux, quelques circulaires, les projets de textes diffusés aux membres du Gouvernement et un espace réservé à la jurisprudence, à la doctrine et aux commentaires. Ce dernier ne comprend à ce jour aucun contenu.

¹⁰⁸³ Consultable à l'adresse: <http://www.sgg.gov.ma/>

Le SGG a introduit une nouvelle rubrique, dans son site web, réservée aux « Avants projets de textes à commenter » en vue d'accueillir l'avis du public. Ce service électronique a été lancé le 18 décembre 2009.

Cette initiative, dont la procédure est réglementée par le décret 2-08-229 du 21 mai 2009, intervient en application d'une disposition de l'accord de libre-échange signée avec les Etats-Unis qui astreint le Gouvernement à mettre en ligne pour recevoir le commentaire du public, les avant-projets de textes législatifs et réglementaires concernant les domaines suivants :

- le commerce des biens y compris le commerce des produits agricoles et des produits textiles ;
- le commerce des services y compris les services financiers et de télécommunications ;
- toutes mesures commerciales y compris les mesures sanitaires et phytosanitaires, les règles d'origine, l'administration douanières, les obstacles techniques au commerce, et les mesures de sauvegarde, les standards et normes, etc. ;
- les marches publics, l'investissement, le commerce électronique, les droits de la propriété industrielle, l'environnement et le droit du travail¹⁰⁸⁴.

Si la mise en place de ce site web est un pas important dans la voie de la promotion de la diffusion du droit et de la facilitation de l'accès à l'information juridique, il n'en demeure pas moins que l'outil comporte plusieurs lacunes, dont nous citerons les principales :

- Possibilité de recherche sur les textes limités

Il est difficile de faire des recherches, voire impossible lorsque l'on ne dispose pas des références du texte. En effet, étant donné que les initiateurs du projet se sont contentés de scanner puis archiver en format PDF les textes du BO sans les avoir au préalable passé dans un OCR¹⁰⁸⁵ et corrigé, la recherche en "full text" via des descripteurs ou mots-clé n'est pas permise, le chercheur étant tenu d'introduire la date et le numéro du BO pour localiser le texte recherché.

¹⁰⁸⁴ Article 1er du décret 2-08-229 du 21 mai 2009, BO du 18 juin 2009.

¹⁰⁸⁵ Optical Characters Recognition: c'est la numérisation d'un texte à partir de son image scannée. Le logiciel reconnaît les lettres suivant leur forme représentées en nuage de points (par exemple 300 pt au pouce), et lui attribut sa valeur dans la codification ASCII. Le texte peut alors être traité par l'ordinateur (correction. Indexation, impression...).

En opérant ainsi, le SGG a été animé par le souci d'éviter toute erreur qu'aura généré la reprise (ressaisie informatique) des textes des anciens BO en se contentant de les scanner, sachant qu'en raison de la qualité physique de ces BO, la solution de l'OCR serait insatisfaisante et nécessitera une revue des textes restitués. Une telle solution a certes l'avantage de la fiabilité et de l'économie de l'effort, mais limite les possibilités de recherche et est gourmande en mémoire (espace de stockage nécessaire à l'archivage électronique).

Pour répondre au double souci de la fiabilité, il aurait été plus judicieux d'avoir les textes authentiques scannés et une version saisie mais non authentifiée utilisée aux fins de recherche. Cette solution facilitera les possibilités d'exploitation mais reste relativement coûteuse.

- Navigation dynamique dans les textes non permise

Outre la difficulté de faire des recherches full-text, le site n'offre pas la possibilité de navigation inter-texte et au sein du même texte pour passer d'une loi à un décret d'application ou d'un texte ancien à un texte l'amendant par exemple.

- Information sur l'évolution du texte indisponible

Le site ne permet pas non plus de suivre l'évolution d'un texte aussi bien sur le plan du versioning des projets pour identifier la contribution de chaque intervenant dans le processus de production normative, que celui des textes adoptés aux fins de traçabilité historique et de consolidation des textes en vigueur.

Après avoir défini les attributions confiées au Secrétariat Général du Gouvernement, on passe maintenant à l'étape la plus importante de notre sujet de recherche, et qui concerne la publication de la loi après sa promulgation, qui touche l'un des constituants de la sécurité juridique, qui est l'accessibilité.

Section 2 : La promulgation et la publication de la loi ; l'enjeu de l'accessibilité

L'adoption définitive d'un projet ou d'une proposition de loi clôt, en principe, la phase parlementaire de la procédure législative et débouche normalement sur la promulgation de la loi.

Le texte définitif est transmis au Secrétariat Général du Gouvernement, qui est notamment chargé de présenter le texte à la signature du Roi auquel appartient la compétence

de promulgation des lois (c'est-à-dire de lui donner force exécutoire). Le Roi dispose de 30 jours pour promulguer la loi qui est ensuite publiée au BO.

Cependant, si la promulgation d'une loi ne pose généralement pas de problème, son effectivité peut être retardée ou empêchée par la non-publication des textes d'application, phénomène assez courant.

Sous-section 1 : La promulgation de la loi et sa diffusion : La clé de son entrée en vigueur

La promulgation de la loi, qui attribue sa force à une loi définitivement adoptée, était jusqu'à la révision de la constitution un facteur de plus de la lenteur du circuit législatif. Quant au dispositif de publication, qui permet de la porter à la connaissance du citoyen, il reste lacunaire et ne met à profit que très peu les possibilités offertes par l'évolution spectaculaire des technologies de l'information et de la communication. Enfin, l'absence d'un travail de consolidation et de codification des textes rend leur exploitation peu pratique et expose les praticiens du droit et les chercheurs à un travail fastidieux qui aurait pu être évité, moyennant un effort des services du SGG.

Sur un autre plan, cette situation est aggravée par le retard de publication des textes d'application, ce qui rend les lois dépourvues de toute efficacité et la volonté du législateur mise à mal.

Dans la pratique, la promulgation de la loi ne soulève pas de problème particulier, si bien qu'elle est souvent perçue comme une simple formalité d'usage. En revanche, le système de diffusion est à parfaire.

La promulgation est l'acte par lequel le Chef d'Etat authentifie le texte de la loi, constate la régularité de son adoption et la déclare valable. En promulguant, le Chef d'Etat ne fait pas œuvre de volonté législative. Il se borne à reconnaître que la loi a régulièrement pris naissance. La promulgation diffère de la sanction par laquelle, dans la plupart des monarchies constitutionnelles, le Roi participe à l'œuvre législative par son droit de paralyser la volonté du Parlement en refusant de sanctionner le texte qu'il a voté. C'est le cas aussi dans certains régimes présidentiels (cas par exemple du droit de veto du président américain).

Dans le cas du Maroc, la question de la promulgation a subi une certaine évolution. En effet, avant la révision constitutionnelle de 1992, le Roi n'était astreint à aucun délai pour procéder à la promulgation d'une loi, ce qui, de fait, lui donne le droit de retarder son entrée

en vigueur, indéfiniment et donc dénuer la loi de toute efficacité. Cette marge de manœuvre se traduisait par des retards de promulgation parfois énormes voir encadré ci-après.

La doctrine a très peu fait état de ce changement qui, il faut le dire, constitue un pas considérable vers l'Etat de droit et octroie au Parlement une place de choix dans l'application des règles de la démocratie¹⁰⁸⁶. Désormais, le Roi promulgue la loi dans les trente jours qui suivent la transmission au Gouvernement de la loi définitivement adoptée¹⁰⁸⁷.

Cependant, le Roi dispose d'autres moyens pour agir sur le texte de la loi, notamment la possibilité de demander au Parlement, par un message, qu'il procède à une nouvelle lecture de tout projet ou proposition de loi. Celle-ci ne peut être refusée. Bien plus, le Roi peut, après une nouvelle lecture, soumettre, par dahir, au référendum tout projet ou proposition de loi, hormis le cas où le texte du projet ou de la proposition de loi soumis à la nouvelle lecture aurait été adopté ou rejeté par chacune des deux Chambres à la majorité des deux tiers des membres la composant¹⁰⁸⁸.

C'est le dahir de promulgation et non la publication du texte de loi qui marque son entrée en vigueur, conférant ainsi à la loi sa force obligatoire pour tous, à moins que le texte précise une date différente pour certaines ou pour l'ensemble de ses dispositions. Dans la plupart des systèmes juridiques, l'entrée en vigueur des lois se produit, en principe, le lendemain de leur publication au BO ou à la date qu'ils fixent. Toutefois, l'entrée en vigueur des dispositions dont l'exécution nécessite des mesures d'application est reportée à la date d'entrée en vigueur de ces mesures.

Autrement dit, après la promulgation qui détermine la date de la loi, et sa publication qui permet d'en prendre connaissance, le moment de son entrée en vigueur ne semble pas poser de problème.

Néanmoins, dans la pratique, le législateur contemporain prévoit de plus en plus des conditions particulières d'entrée en vigueur de la loi soit en la subordonnant à l'intervention de textes nécessaires à son application, soit en reculant la date, soit encore par les mesures transitoires qui impliquent un régime intermédiaire et temporaire qui diffère à la fois du

¹⁰⁸⁶ M.A.Benabdallah, Propos sur l'évolution récente de l'Etat de droit au Maroc, in. REMALD, n°31, 2000, p.21 et suiv.

¹⁰⁸⁷ Article 50 de la constitution de 2011.

¹⁰⁸⁸ L'article 95 de la Constitution du 2011 : « Le Roi peut demander aux deux Chambres du Parlement qu'il soit procédé à une nouvelle lecture de tout projet ou proposition de loi. La demande d'une nouvelle lecture est formulée par message. Cette nouvelle lecture ne peut être refusée ».

régime antérieur et du nouveau régime instauré par les textes considérés. Il y a là toute une stratégie d'immersion progressive des lois nouvelles dans le système juridique existant. La décision du législateur doit tenir compte d'un équilibre périlleux entre le respect des droits acquis et la nécessaire sécurité juridique de chacun, d'une part, et, d'autre part de l'exigence d'effectivité de dispositions nouvelles censées marquer un progrès nécessaire du système juridique dans les domaines concernés¹⁰⁸⁹.

Cependant, l'entrée en vigueur réelle de la loi ne saurait se confondre avec les seuls critères juridiques de son applicabilité. Elle ne pénètre le corps social qu'au terme d'une période de latence très variable selon les circonstances et les mentalités. Or, ce n'est qu'à l'issue de cette période que la loi peut acquérir toute son efficacité qui suppose une adéquation des textes avec les attentes, les besoins, les valeurs et l'acceptation de ses destinataires. Une loi, même applicable, peut rester ineffective, et même devenir inefficace. En pratique, la norme peine à s'imposer contre les tendances ou l'orientation des forces sociales. La durée de la période d'incubation de la loi nouvelle est dès lors très variable.

L'entrée en vigueur de la loi dépend aussi des principes fondamentaux relatifs à l'application de la loi dans le temps, schématiquement, trois solutions peuvent être envisagées : celle de la non rétroactivité absolue de la loi nouvelle, celle de sa rétroactivité à des faits nés antérieurement à sa promulgation et celle de son application immédiate aux effets futurs de situations en cours lors de son intervention.

La question de la rétroactivité ou de la non-rétroactivité de la loi est liée à un débat de fond. La non rétroactivité de la loi est un facteur d'ordre et de sécurité juridique car elle protège les droits acquis et la stabilité des situations en cours lors de son entrée en vigueur, tandis que la rétroactivité de la loi nouvelle, censée plus appropriée que l'ancienne, permet d'en élargir le domaine et d'en généraliser l'application.

Toutefois, pour éviter des ruptures brutales, il peut être préférable de ménager des transitions en donnant à la loi nouvelle un effet immédiat qui préserve les effets passés des situations en cours et n'en soumet à la loi nouvelle que les effets à venir. Il n'y a guère que lorsque l'ordre public est en jeu que la rétroactivité d'une loi semble concevable. Dans les autres cas, notamment en matière contractuelle, elle semble à exclure, alors que son

¹⁰⁸⁹ J-L Bergel. « Le temps et le droit », conférence inaugurale de Montréal 1995, éd.Y.Blais Inc., 1996, p.27 et suiv.

application immédiate aux effets futurs des situations en cours et à toutes les situations nouvelles paraît parfaitement acceptable¹⁰⁹⁰.

Il va sans dire qu'en droit marocain, le principe de non rétroactivité de la loi est consacré par l'article 6 de la constitution¹⁰⁹¹, mais que le législateur peut y déroger, sauf en matière pénale où ce principe, à valeur constitutionnelle, s'impose chaque fois que la loi nouvelle est plus sévère que l'ancienne. Toutefois, la doctrine de l'effet immédiat de la loi nouvelle est maintenant largement consacrée en droit positif, chaque fois que son application ne compromet pas les exigences de l'ordre public ou les intérêts supérieurs des personnes juridiques.

Comme nous l'avons constaté ci-dessus, la publication du texte ne constitue pas, dans notre système juridique, une entrave à son entrée en vigueur, du moins pour les dahirs, y compris ceux portant loi. Or, au-delà de ce constat, sans la publication des textes de loi, avant leur entrée en vigueur, la maxime selon laquelle nul n'est censé ignorer la loi sera dépourvue de sens.

Bien plus, la diffusion d'une culture juridique axée sur les droits et les obligations, fondement majeur de l'Etat de droit, ne saurait se réaliser sans un système qui permet non seulement la publication, systématique, des textes après leur promulgation et avant leur entrée en vigueur, au Bulletin officiel, mais aussi l'instauration de tout un dispositif de diffusion du texte à toutes les phases du circuit législatif, depuis l'avant-projet de l'initiative législative jusqu'à sa promulgation et même après son entrée en vigueur.

Dans un Etat de droit, les citoyens ont besoin d'être tenus informés de l'évolution de toute initiative législative, tout au long des différentes étapes du circuit normatif pour savoir qui fait quoi (ou qui défend quelle idée ou quels intérêts) d'une part, et surtout avoir la possibilité de participer au débat et enrichir le texte, conformément aux principes de démocratie participative et de bonne gouvernance.

Or, la diffusion en amont des textes reste le Parent pauvre du système juridique marocain. En effet, jusqu'à une date récente, il était difficile, même pour les chercheurs, d'accéder au texte d'un projet de loi, sans parler du citoyen lambda. Cette situation a connu aujourd'hui une certaine amélioration, dans la mesure où les projets de textes adoptés par une

¹⁰⁹⁰ Idem.

¹⁰⁹¹ L'article 6 de la Constitution de 2011 stipule que la loi ne peut avoir d'effet rétroactif. Cependant, hormis la loi qui adoucit une sanction pénale avec nécessairement un effet rétroactif, l'intérêt général « suffisant », est une condition de la validité des lois rétroactives.

assemblée sont devenus accessibles au site web du ministère chargé des relations avec le Parlement.

Cependant, ce site, pas plus que celui de la Chambre des représentants ne permet pas aux citoyens de commenter ni de contribuer à l'enrichissement des projets soumis au Parlement, comme c'est le cas dans les pays démocratiques. Quant à la Chambre des conseillers, elle ne dispose, tout simplement, pas d'un site web depuis des années.

Seul le SGG offre la possibilité de commenter certains avant-projets de textes législatifs et réglementaires, et ce avant leur soumission, au Conseil de Gouvernement. Il s'agit des textes relatifs aux marchés publics, au commerce des biens ou des services ou instaurant des mesures ou normes commerciales. Le délai minimum de publication pour commentaire est de 15 jours¹⁰⁹². Malheureusement, cette innovation n'est pas le fruit d'une initiative réfléchie du Gouvernement dans le cadre d'un souci d'élargissement de la participation du citoyen à la gestion de la chose publique. Il s'agit d'une contrainte (obligation) héritée de la signature de l'accord de libre-échange avec les Etats-Unis d'Amérique.

Si l'instauration du Bulletin officiel remonte à 1912, avec l'avènement du Protectorat français, la pratique et les supports de diffusion n'ont subi de modification jusqu'à une date récente. En effet, l'évolution spectaculaire des technologies de l'information et de la communication, n'a pas profité à la diffusion de l'information juridique et légale.

Devant l'absence de toute initiative Gouvernementale visant à mettre en œuvre un dispositif électronique de diffusion des textes, le secteur privé a investi ce créneau, y trouvant une opportunité de gain intéressante. A ce titre, deux produits se partagent l'essentiel du marché, en l'occurrence :

- La base de données commercialisée par GEMADEC¹⁰⁹³ qui renferme tous les textes publiés au BO depuis 1912, numérisés. La solution présente l'avantage de la fiabilité du texte de la loi, mais présente plusieurs inconvénients dont l'impossibilité d'exploiter le texte (le copier, changer la forme, etc.), s'agissant d'une image, ainsi que la lourdeur de la base de données (elle tient sur une douzaine de CDs).

¹⁰⁹² En publication du décret n°2-08-229 du 21 Mai 2009 instituant une procédure de publication des projets de textes législatifs et réglementaires (BO du 18 juin 2009).

¹⁰⁹³ [http : // www.gemadec.com/solution. Php](http://www.gemadec.com/solution.php).

- La solution commercialisée par Artémis¹⁰⁹⁴. Sa base de données contient également tous les textes publiés au BO non pas scannés mais ressaisis. Cette solution offre l'avantage de la légèreté ainsi que la possibilité de faire une recherche multicritères sur le texte et d'exploiter celui-ci. Cependant, les textes ne sont pas authentiques et contiennent des erreurs de saisie, ce qui fait qu'il faut toujours revenir au texte d'origine.

Comme on le voit, les utilisateurs sont obligés de payer cher pour avoir l'information légale sans pour autant qu'un produit satisfaisant soit mis à leur disposition. Il a fallu attendre 2007 pour voir le site du SGG lancé. Cependant, le produit du SGG est aussi lacunaire que les précédents.

Aux delà des questions technologiques, les praticiens du droit déplorent l'absence sur le marché de textes et codes consolidés et authentifiés, diffusé par le SGG ou des maisons d'édition agréées. Pour combler ce vide, des amateurs se lancent dans la publication des codes et des lois de qualité insuffisante et qui regorgent d'erreurs de saisie. Lesdits praticiens se trouvent obligés de parcourir à chaque fois le BO pour faire leur propre consolidation.

En effet, le travail de codification reste le parent pauvre des activités du SGG, malgré l'existence d'un service dont l'action est censée porter sur la codification. Le résultat est que les textes traitent de la même matière se trouvent souvent éparpillés, ce qui ne facilite pas l'accès à une information légale complète, exhaustive et à jour.

La plupart des pays ont développé la pratique de consolidation et de codification des textes. La technique la plus utilisée est la codification dite à droit constant. Elle consiste à reprendre l'ensemble des textes qui couvrent un domaine donné et à les remettre en forme, les réorganiser, les présenter selon un plan rationnel sans pour autant modifier le droit. Il s'agit donc d'un simple classement documentaire.

Le retard de publication des textes d'application des lois pose un problème sérieux de par l'ampleur du phénomène d'une part et son effet paralysant sur les lois d'autre part. En effet, très nombreux sont les textes restés lettre morte ou, du moins, pas totalement opérationnels, en raison du retard pris pour publier les textes d'application.

La gravité du phénomène réside dans le fait que des textes pour lesquels le législateur s'est donné beaucoup de peine afin de les adopter se trouvent dépourvus de tout effet en

¹⁰⁹⁴ [http : // www.artemis.ma/Front/Bases/BO.qspix](http://www.artemis.ma/Front/Bases/BO.qspix).

l'absence des textes d'application, à cause de l'inaction du Gouvernement. Cela montre clairement, qu'en fin de compte, le Gouvernement tient les rênes de l'action législative et peut rendre inefficace une mesure législative en retardant, voire en sursoyant à la publication des textes d'application susceptible de permettre le plein accomplissement de la loi.

Il va sans dire qu'une telle situation est responsable de l'insécurité juridique, puisqu'il entretient un certain flou quant à la situation censée être régie par ces textes, et peut entraîner des pertes matérielles considérables ou empêcher des investissements importants de par le manque de visibilité ou l'impossibilité d'entreprendre une action donnée en l'absence des textes d'application. Enfin, cet état de fait engage la responsabilité du Gouvernement qui peut être tenu pour défaillant à l'égard de toute personne ayant souffert de l'absence ou du retard de tels textes.

La non publication des textes d'application est parfois due à une divergence des points de vue entre le Gouvernement et les intervenants du secteur concerné (syndicats, association professionnelle, ONG, groupes de pressions, etc.). Cependant, dans la plupart des cas, le problème est dû à la paresse de l'administration, à une simple négligence ou à une volonté délibérée de ne pas donner application à une loi.

L'ampleur du phénomène et sa gravité sont tels que certaines voix au sein des commissions se sont élevée pour demander à ce que les projets et propositions de lois soient accompagnés de leurs textes d'application dès leur dépôt devant le bureau de l'une des deux Chambres. Bien plus, une proposition de loi concernant l'édition des décrets d'application a été déposée à la Chambre des représentants¹⁰⁹⁵.

La proposition donne au Gouvernement un délai maximum de 60 jours pour publier les textes d'application. Passé ce délai, le Président de l'une des Chambres du Parlement peut rappeler, par écrit, au chef du Gouvernement la nécessité d'observer ce délai. Elle attribue également à toute personne ayant subi un préjudice du fait de ce retard, de demander par voie judiciaire l'application des dispositions de cette proposition de loi en se constituant partie civile et de demander réparation du préjudice éventuellement subi.

¹⁰⁹⁵ Proposition de loi déposée par le député Faouzi Chaabi du Groupe de l'alliance des forces progressistes démocratiques.

Sous-section 2 : Le cycle de vie de la loi : l'absence du suivi et de la maintenance

Tout comme la vie humaine, la vie de la loi n'est qu'un processus de transformation permanente, rythmée ou perturbée d'évènements extérieurs qui en affectent le cours et que nul ne saurait maîtriser . Toutefois, la législation suppose un suivi. Il convient d'en surveiller la mise en œuvre, d'en apprécier les mérites ou les défauts au contact de la vie sociale, d'en suivre l'adaptation en fonction des faits à travers la pratique et la jurisprudence, pour finalement en apprécier les évolutions nécessaires, et après en avoir évalué rétrospectivement les conséquences, l'adapter, la réformer ou l'abroger. C'est le travail de maintenance de la loi. Nul ne peut nier que l'application de la loi réserve des surprises, souvent des méprises, qui peuvent mettre en évidence son inadaptation à l'évolution du contexte social dans lequel elle s'inscrit.

Cela requiert un dispositif de « suivi » des lois, aussi bien systématique que général, pour réduire toute fracture entre le droit positif et le contexte social dans lequel il évolue. Seul un tel système est en mesure de permettre d'observer et de pallier l'obsolescence des lois et d'en encadrer la remise en cause.

En ce qui concerne les problèmes inhérents à l'obsolescence des lois, l'arsenal juridique national regorge de lois non appliquées, totalement ou partiellement, voire non applicables. Pourtant, tout le monde finit par s'y accoutumer, au point de ne plus être outré par ce phénomène. Tout au plus, quelques voix s'élèvent à l'occasion, pour s'indigner de l'ineffectivité de telle ou telle loi.

Bien entendu, il est utopique de prétendre à des lois 100% effective. Mais, il est tout aussi anormal que des lois totalement non opérationnelles, en raison de l'indispensabilité des textes d'application ou de son inobservation généralisée, faute de mesure tendant à faire appliquer la loi par les pouvoirs publics, continuent à orner le dispositif législatif et réglementaire national. Les lois étant faites pour être appliquées.

Dans la pratique, les lois non effectives finissent par être « oubliées » et tombent par désuétude. De ce fait, seul un dispositif d'analyses et d'enquêtes statistiques couplées à des études qualitatives est en mesure de permettre le contrôle de l'effectivité des lois et de « nettoyer » l'arsenal juridique en conséquence. Dans ce sens, Carbonnier va jusqu'à préconiser que toute loi nouvelle soit accompagnée de la mise en place d'un appareil statistique et d'un programme d'enquêtes périodiques permettant de suivre les taux et les

causes de l'ineffectivité¹⁰⁹⁶. L'objectif est d'apprécier l'effectivité des règles de droit en vigueur, non seulement pour en contrôler l'exécution mais aussi pour en déterminer les effets réels et mesurer leur impact social afin de les reconsidérer, si nécessaire, de les corriger, voire de les abroger.

Il s'agit donc d'un exercice d'évaluation législative dont la nécessité et l'importance ont été soulignées par le « projet Vedel » de révision de la Constitution de la Vème République qui avait proposé d'inclure dans les missions générales du Parlement, celle d'évaluer les résultats de la loi. Ces derniers sont tributaires des réactions du groupe social d'où surgissent des forces anonymes et des réactions spontanées en fonction d'évènements divers, d'intérêts sociaux, politiques, économiques, juridiques, etc., qui jalonnent la vie des textes sous l'éclairage pragmatique ou idéologique de groupes sociaux dont les messages sont plus ou moins captés par l'opinion, en fonction des facteurs et des vecteurs les plus divers, qu'il s'agisse des progrès scientifiques, de l'influence des médias ou des impulsions de la vie politique.

A ce titre, la création d'un bureau d'évaluation législative au sein de la Chambre des représentants a été envisagée, à l'instar des plusieurs expériences parlementaires à travers le monde, mais ce projet semble aujourd'hui ne plus être d'actualité.

La place, dans le droit d'aujourd'hui, du progrès social, de la concurrence, de la protection des consommateurs, des nouvelles technologies et les débats d'idées en matière de libertés individuelles, d'égalité des sexes, de non-discriminations, de bioéthique ou de biomédecine, de droit à la vie, à la santé, voire à la mort avec le problème de l'euthanasie, projettent des aspirations ou des malaises dont il appartient aux juristes et au législateur de tenir compte. Les messages qu'émettent les forces sociales préfigurent d'inéluctables évolutions de la loi dont il convient de dégager la nécessité, l'orientation et le contenu.

L'évaluation législative rétrospective a pour intérêt majeur de contrôler les effets des mesures législatives et réglementaires en vigueur pour en corriger les défaillances et en neutraliser les effets pervers par de nécessaires adaptations. A ce titre, elle doit se prolonger dans une évaluation législative prospective mettant en évidence le principe et la substance de nouvelles dispositions susceptibles de répondre aux aspirations du corps social par une politique juridique appropriée et capable d'y répondre dans le respect de la cohérence et des

¹⁰⁹⁶ J.Carbonnier, flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur, 10^{ème} édition, Edition LGDJ, 2007, hors collection, p. 136 et suiv.

valeurs du système juridique dans son ensemble. L'évaluation législative devient ainsi un instrument permanent d'adaptation maîtrisée de l'évolution du droit dans le temps¹⁰⁹⁷.

Elle a néanmoins pour inconvénient de favoriser une certaine instabilité juridique, d'alourdir le processus législatif et de limiter le pouvoir politique par celui des experts, ainsi que de soumettre la décision normative à la pression des faits. Elle suscite nombre de réticences des élus, si bien qu'elle a du mal à pénétrer dans les institutions. Elle se situe au cœur du débat actuel entre démocratie et technocratie. Il est d'ailleurs vrai que l'identification des effets propres d'une loi est toujours incertaine car les transformations constatées pendant sa mise en œuvre ne lui sont pas toutes imputables et il est difficile de mesurer la part qui lui en revient, isolée de l'évolution spontanée des faits. Il n'empêche que l'évaluation législative doit désormais faire partie du processus d'élaboration et d'évolution de la loi dans le temps et qu'elle participe, selon l'expression de Ripert, de la « génétique des lois ».

Il s'agit en réalité d'un mode de détection de l'obsolescence des lois que révèle la pratique et les continuels changements orchestrés par le corps social, les tribunaux, les administrations, les entreprises, etc. Leurs visions des textes ainsi que du sens et des implications desdits textes ne cessent d'en modifier, même imperceptiblement, le contenu et l'application. Avec le temps, des flux sociaux nourrissent l'incessant mouvement législatif. C'est l'effet chaotique de la loi qui s'opère : infailliblement le temps sépare la loi de la société qui prend ses distances avec la loi, invente des pratiques et des règles pour la contourner ou la parfaire. Ainsi, se succèderaient dans la vie de la loi, le temps de l'innovation, le temps de l'intégration, le temps de l'incubation et le temps de la séparation¹⁰⁹⁸. C'est au rythme de ces temps successifs qu'émergent les décisions de réformer ou d'abroger les textes ou, au contraire, de s'en abstenir.

Il est d'ailleurs des systèmes juridiques dans lesquels l'obsolescence des lois est inscrite dans leur texte même. L'exemple des « Sunset laws », dans certains Etats américains, illustre ce mécanisme. A ce titre, à défaut d'être prorogés ou modifiés au terme d'un délai déterminé, ces textes s'éteignent automatiquement. L'exemple des lois expérimentales, dans les pays comme la France, en constituent aussi une éclatante illustration puisqu'il y est expressément prévu qu'elles doivent faire l'objet d'un suivi et d'une évaluation suffisante afin

¹⁰⁹⁷ J.L.Bergel, « Le temps et le droit », op.cit., pp.29-30.

¹⁰⁹⁸ M.J.Louglin, « Le législateur : les conditions temporelles d'élaboration des politiques et des textes législatifs, un mouvement sur quatre temps », in le temps et le droit : actes du IV^{ème} Congrès de l'AIMJ, Montréal 1993, p .115 et s.

de les modifier, de les proroger au bout d'un certain temps. Ce rôle incombe au bureau d'évaluation législative dont l'institution au Maroc revêt un intérêt capital.

Comme les textes ont un cycle de vie, ils finissent par ne plus cadrer avec la réalité, d'où l'impératif de les remettre en cause. Cet exercice nécessaire au préalable de dresser un bilan de la « vie active » du texte, à travers une opération d'évaluation législative. Or, cette pratique n'est pas encore entrée dans les mœurs des acteurs intervenant dans le circuit de production normative dans notre pays. Il s'ensuit que la révision des textes ne tire pas les enseignements nécessaires du passé pour prévenir les risques d'échec de la réforme législative et confectionner des textes tenant compte de l'évolution historique, de la réalité et des perspectives de changement de celle-ci. Les exemples de réformes législatives ayant échoué ne manquent pas. La fréquence des révisions apportées à certaines lois de base ou des projets et propositions de lois tendant à les modifier ou compléter, juste après leur entrée en vigueur, témoigne de l'instabilité de ces textes et de leur incapacité à intégrer une vision stratégique et à long terme des besoins sociaux en matière législative. C'est le cas par exemple du code de travail (loi 65-99), de la loi sur les sociétés anonymes (loi 17-95), du code des assurances (loi 19-99), etc.

L'intérêt de l'évaluation législative est qu'elle informe et incite les autorités compétentes à mieux légiférer, sans pour autant se substituer à leur pouvoir de décision. Ses résultats ne sont d'ailleurs significatifs que si l'évaluation est conduite selon des procédés fiables et diversifiés et n'est pas contaminée par des groupes de pression poursuivant des intérêts propres.

Le sens et la portée des modifications législatives et réglementaires destinées à corriger les insuffisances ou les dérives des textes existants doivent donc être éclairés par une analyse des causes, des aspects et des modalités de leur obsolescence tels qu'ils ont été révélés par le suivi de ces textes ou, pour le moins, par l'étude juridique et sociologique des carences qui les affectent. L'élaboration des modifications législatives et réglementaires, voire de véritables réformes, emprunte le processus inhérent à toute conception de textes législatifs ou réglementaires, tel qu'il a été esquissé dans les développements qui précèdent. Autrement dit, la création et l'évolution normative ne sont jamais qu'un éternel recommencement qui reflète la nécessaire mutabilité permanente de la règle de droit.

Celle-ci n'est jamais que l'un des multiples points d'équilibre concevables entre les intérêts et les impératifs en cause, quelque soit la matière concernée. En conséquence, tous les autres points d'équilibre susceptible de répondre aux besoins actuels sont possibles et peuvent inspirer l'imagination, l'élaboration et l'expression de la règle de droit sous forme de dispositions normatives.

L'émergence de nouvelles dispositions implique normalement l'abrogation des dispositions contraires précédemment en vigueur. Une bonne coordination, de l'état successif des textes suppose leur abrogation expresse par la loi nouvelle au terme de son entrée en vigueur et des dispositions transitoires qu'elle comporte.

Il arrive toutefois que des textes que plus personne n'applique et qui sont parfois tombés dans l'oubli n'aient jamais été abrogés. Le sort de ces textes est alors manifestement incertain car la question de savoir si la loi peut être abrogée par désuétude ou même par substitution d'une coutume contraire à son dispositif reste controversée. Si la loi doit être perçue comme l'expression d'un besoin social, on peut concevoir qu'elle s'éteigne lorsque cessent les besoins auxquels elle doit répondre, lorsqu'elle est dépourvue de toute application effective et, surtout, lorsqu'elle est contredite par des lois ou des coutumes contraires qui se substituent à elle. Toutefois, la doctrine tend à considérer que « la perpétuité est dans le vœu de la loi » et qu'elle ne peut cesser sans abrogation certaine. Consacrer l'inobservation de la loi par une abrogation tacite par désuétude constituerait alors un encouragement à la désobéissance¹⁰⁹⁹.

Néanmoins, le nettoyage nécessaire du corpus législatif et réglementaire d'un système juridique inciterait, pour en gommer les incertitudes, en pallier les redondances et les contradictions et pour en accroître la lisibilité, à admettre l'abrogation par désuétude de textes tombés dans l'oubli, demeurés inappliqués et totalement obsolètes. L'abrogation de tels textes par désuétude semble échapper à toute critique lorsqu'il s'agit de simples textes supplétifs auxquels rien n'interdit de déroger par des conventions, des comportements ou des coutumes contraires. En revanche, l'abrogation par désuétude de textes impératifs semble difficilement admissible, dès lors que leur méconnaissance constitue une violation de la loi dont aucun ordre juridique ne peut s'accommoder.

¹⁰⁹⁹ J.L.Bergel, « Le temps et le droit », op.cit., p.64.

A ce titre, en Grande Bretagne par exemple, la Law Commission propose régulièrement l'abrogation de lois tombées en désuétude (statute law revision) ou leur codification (consolidation). Chaque année, une loi « fourre-tout » d'abrogation est votée par le Parlement, faisant suite aux travaux menés par la Law Commission, et après une large consultation citoyenne¹¹⁰⁰.

¹¹⁰⁰ M.Zander, *The law-making process*, 6th edition, Cambridge University Press, 2004, p. 14 et suiv.

Conclusion du Chapitre I

Le travail d'ingénierie juridique ne s'arrête donc pas à la confection, adoption, promulgation et diffusion de la loi. Celle-ci, telle un édifice doit faire l'objet d'une maintenance régulière et continue. C'est « le service après-vente » de la loi, assuré par les légistes, « ingénieurs de loi », pour emprunter le langage commercial. Une loi qui est dépassée par le temps est, telle un édifice qui menace ruine, rasée et remplacée par une autre, quoique certain monuments juridiques ne sont pas destructibles, à l'instar des édifices classés patrimoine de l'humanité.

Tel est le mouvement permanent du droit aiguillonné par l'exigence de la dynamique juridique qui n'est que le reflet de celle des sociétés auxquelles elle s'applique. C'est la logique du cycle de vie de la loi.

Chapitre II : l'inflation normative et la sécurité juridique

Les caractéristiques propres aux sociétés modernes, notamment la nécessité de communiquer autour de la loi, la portée symbolique que celle-ci revêt ainsi que les remises en cause dont elle fait fréquemment l'objet, à l'occasion de changements politiques, contribuent, tantôt légitimement, tantôt de façon pathologique, à l'instabilité de la norme.

Ces contraintes peuvent, quand elles ne sont pas maîtrisées, conduire à des dérives et à un dévoiement de l'usage de l'instrument normatif. En effet, à force de vouloir donner une préséance excessive à la communication ou de chercher à satisfaire aux sollicitations instantanées des groupes de pression ou de l'opinion publique en général, le Gouvernement est amené à voter des réformes avant de les avoir suffisamment pensées, ou bien encore qu'on se propose de faire jouer à la loi un rôle qui n'est pas le sien, dans une société sensible aux symboles.

De cette situation, le législateur est la première victime. Ses marges de liberté pour décider des sujets qu'il convient de traiter se révèlent de plus en plus restreintes. Et il en vient à ne plus exercer sa mission dans les conditions lui permettant d'élaborer des textes de qualité. Cela conduit en outre à sa dépossession.

Mais c'est surtout la société qui en pâtit. Le droit, au lieu d'être un facteur de sécurité, devient un facteur d'inquiétude et d'incertitude. La démarche de simplification court après ses objectifs. Les juges ne sont eux-mêmes pas toujours en état d'y remédier, et sont parfois conduits à prendre leur part de l'aggravation de la complexité.

Enfin, on aboutit à un droit bavard, instable et sans consistance, sous l'effet de l'inflation normative (**Section 1**), ce qui plombe l'effectivité de la règle de droit et la sécurité juridique en général (**Section 2**).

Section 1 : la menace de la sécurité juridique par l'inflation juridique

Bien que la doctrine au Maroc ne l'évoque pas suffisamment, le fait est que le nombre de textes et surtout leur volume augmentent. Pour s'en apercevoir, un seul indicateur suffit, à savoir le nombre des pages au Bulletin officiel (édition générale). En effet, le dépouillement que nous avons effectué sur le Bulletin officiel a montré que le volume des textes a progressé de 243% en 20 ans, soit une évolution annuelle moyenne de 12 %. Ainsi le nombre annuel de

page du BO a plus que triplé durant cette période. De même le nombre annuel des textes adoptés en Conseil des ministres durant les trois dernières années s'est accru de 218% par an, en moyenne, durant les trois dernières années.

Il aurait été intéressant aussi d'avoir une idée sur le « stock » des textes législatifs et réglementaires en vigueur. Cependant, il n'existe pas de chiffres officiels à ce sujet et il nous est matériellement impossible de faire le recensement¹¹⁰¹.

Le phénomène d'inflation normative, au demeurant assez caractéristique des sociétés modernes, est le résultat de la conjugaison de plusieurs facteurs, qui s'ajoutent à ceux découlant du développement du droit international et de la régulation (**Sous-section 1**). Mais, c'est surtout tant l'impact de ce phénomène que ses causes qui interpelle les juristes (**Sous-section 2**).

Sous-section 1 : L'inflation normative : un mal nécessaire

La doctrine attribue l'inflation normative à deux hypothèses principales. La première est liée aux besoins d'accompagnement, d'encadrement et de maîtrise, autant que possible, l'évolution de la société, notamment en égard au progrès technologique et à la mondialisation, en raison de leur impact profond sur la transformation de celle-ci. A ce titre, chaque invention, chaque changement, chaque crise suscite une nouvelle demande sociale supplémentaire de réglementation et / ou de régulation pour prévenir et conjurer des risques nouveaux.

La seconde hypothèse pointe du doigt les modes d'intervention politique et administrative. En effet, il est de plus en plus courant que les acteurs politiques prennent l'adoption ou le changement de la loi comme une fin en soi, compte tenu de l'impact médiatique qu'ils peuvent en tirer, du lobbying exercé par les pouvoirs de pression, etc.

S'il n'est facile d'évaluer la contribution exacte de chacun des deux facteurs à l'inflation normative, force est de remarquer que la tendance générale de ce phénomène ne paraît pas susceptible de s'inverser.

Il n'est pas anodin de remarquer que la plupart des textes votés ces dernières années ont trait à trois principaux domaines, en l'occurrence le commerce et les échanges, les technologies et la sécurité (en sens général).

¹¹⁰¹ A titre d'indication, la base de données d'artémis contient environ 500000 textes normatifs, toutes catégories confondues, parue depuis 1912, y compris les textes abrogés.

En effet, à titre d'exemple, l'évolution technologique apporte de nouvelles problématiques que les pouvoirs publics s'efforcent d'accompagner, d'encadrer et d'orienter voire de réguler. Pour ce faire, le premier réflexe est de penser à une loi. Ceci a conduit, au cours des 20 dernières années, à une impressionnante production normative : 6 lois, 34 décrets et 10 arrêtés ministériels. A cela s'ajoutent 10 décisions du directeur général de l'ANRT et 10 décisions du Comité de gestion (Décisions arbitrales).

Cette prolifération des normes n'est pas propre au domaine des télécommunications. Les domaines se rapportent à la finance, au commerce et à l'industrie (échanges et normalisation), à la protection et à la promotion des investissements, à la sécurité en général¹¹⁰², etc., connaissent le même foisonnement normatif, soit par la production de textes confectionnés en interne soit par l'adoption de normes internationales.

Il en résulte, au sein de l'administration centrale, une démultiplication des réunions interministérielles consacrées à la production des textes, au point de devenir une activité très importante dans bon nombre d'administrations. Au Parlement, la délibération de la loi s'est tout autant transformée, étant appelé à examiner une masse de projets et propositions de loi en constante croissance alors que le temps annuel de séance reste inchangé. De ce fait, le temps consacré à l'examen des textes est de plus en plus réduit alors que les textes eux gagnent en volume, en technicité et en complexité.

Sur un autre plan, la force symbolique de la loi, qui reste prégnante dans la culture juridique de la société moderne, se traduit par une importante demande sociale en matière normative. Cette situation est aggravée par la croyance selon laquelle la loi vient à bout des difficultés, qu'elle est une solution, une garantie ou, en quelque sorte, un moyen efficacement thérapeutique.

Ce constat est largement décrié par la doctrine. Ainsi que le constate le Doyen Jean Carbonnier, à peine apercevons-nous le mal que nous exigeons le remède ; et la loi est, en apparence, le remède instantané¹¹⁰³. Qu'un scandale éclate, qu'un accident survienne, qu'un inconvénient se découvre : la faute en est aux lacunes de la législation. Il n'y a qu'à faire une

¹¹⁰² Il s'agit de la sécurité au travail, sur la route, dans la rue, etc.

¹¹⁰³ Voir par exemple le rapport du Conseil d'Etat français au titre de l'exercice 2006, publié par la Documentation française, 2006, coll. Etudes et documents du Conseil d'Etat, pp. 229-337.

loi de plus. Et on la fait. Il faudrait beaucoup de courage à un Gouvernement pour refuser cette satisfaction de papier à son opinion publique¹¹⁰⁴.

Ceci étant, l'inflation normative est loin de n'avoir que des causes imputables aux Etats qui s'y trouvent confrontés. Parmi les facteurs explicatifs sur lesquels ils n'ont qu'une prise partielle, figurent assurément l'internationalisation des échanges, la construction d'ordres juridiques régionaux, l'apparition de pans entiers de droit nouveaux, mais également la nécessité d'inscrire dans le droit des réformes très largement considérées comme nécessaires à la modernisation de l'Etat et de la société, telle la réforme budgétaire et décentralisation.

L'identification de ces facteurs structurels de l'inflation normative contemporaine n'exempte pas l'Etat de la critique. En effet, l'Etat – en tant que producteur des règles de droit que se donne la société – ne peut se soustraire à la part de responsabilité qui lui incombe en ce qu'il échoue à faire un arbitrage rationnel entre, les règles nouvelles qui peuvent être nécessaires ou utiles d'un côté et celles qui risquent de s'avérer plus coûteuses que pertinentes d'un autre¹¹⁰⁵.

Il ne faut cependant pas incriminer sans réserver l'inflation normative de tous les maux du droit. La déréglementation n'est pas forcément une solution à la pathologie normative. La solution serait probablement dans la mise en œuvre d'un test de nécessité et de pertinence préalablement à la conception de la règle de droit nouvelle, qui doit être conjuguée à l'évaluation *ex post* des politiques publiques. Plus généralement, la rénovation des procédures d'élaboration des textes normatifs pourraient aider à une modernisation des relations entre le Gouvernement et le Parlement, voire à l'appropriation des réformes par l'opinion publique et, partant, à une certaine restauration du crédit de l'action publique.

L'expérience de certains pays très engagés dans la procédure de l'évaluation préalable, notamment celles du Canada et du Royaume-Uni, mais aussi celle des institutions européennes, à travers notamment la pratique des « livres verts » et des « livres blancs », tend en effet à montrer que l'évaluation préalable aide à construire le débat public sur des bases partagées, à l'enrichir et, ce faisant, à le rendre plus utile pour l'Etat comme pour la société.

¹¹⁰⁴ J. Carbonnier, *Essais sur les lois*, Paris, Répertoire du notariat Defrénois, 1978, p.276.

¹¹⁰⁵ J. Foyer, « Réflexions d'un ancien législateur sur le droit des sociétés », in *Mélanges Michel Cabrillac*, Dalloz-Litec, 1999.

La procédure des évaluations préalables peut, en particulier, être un point d'appui pour renouveler les modalités de la concertation publique sur les projets de réforme. En cela, elle est susceptible d'aider l'autorité publique à disposer d'avis diversifiés à un stade précoce de préparation de la réforme, plutôt qu'après avoir cristallisé les arbitrages sur les options du texte en préparation, comme il est d'usage dans la pratique de la consultation menée de plus en plus par le Gouvernement, bien que souvent tardivement.

Tous les aménagements qu'il serait possible d'apporter en ce sens aux règles d'élaboration de la norme présenteraient un ultime intérêt politique, au sens le plus fort du terme : en mûrissant de manière plus méthodique la règle de droit nouvelle, l'Etat ne ferait qu'accroître sa capacité à obtenir les effets qu'il en escompte et à circonscrire par avance des effets indésirables qu'il aurait mieux identifiés. Conçue comme le moyen d'éclairer des choix difficiles à opérer dans un univers de pénurie de moyens, la mise en œuvre effective d'un test de nécessité et de pertinence préalable au recours à de nouvelles réglementations serait de nature à donner plus d'agilité à l'Etat et, ce faisant, à restaurer les marges de manœuvre de l'autorité politique. Il s'agit là d'un outil parmi tant d'autres que propose l'ingénierie juridique. Le recours à ces instruments d'ingénierie juridique est en mesure d'améliorer la qualité des textes normatifs produits.

Plusieurs facteurs, de nature plus sociologique et politique que juridique, viennent s'ajouter aux causes objectives de l'inflation normative identifiées déjà. On peut constater aisément que la production normative n'obéit pas à une planification préalable, établie selon une vision stratégique et une démarche priorisée.

L'initiative législative devient de plus en plus un outil de communication médiatique. Vu que la relation de l'homme politique au citoyen et aux lobbies s'opère principalement à travers les médias, la pression s'exerçant sur le Gouvernement en faveur de nouveaux textes se voit ainsi amplifiée. Pour échapper à cette pression, réitérée périodiquement en fonction des événements qui font l'actualité, le Gouvernement se trouve contraint de répondre de plus en plus rapidement, sans prendre suffisamment de recul pour se prononcer sur la nécessité, la faisabilité, l'opportunité et l'impact des nouvelles mesures normatives.

Sur un autre plan, l'impossibilité pour le Parlement d'adopter des résolutions, le Conseil constitutionnel s'étant prononcé négativement sur la question, le conduit parfois pour se positionner politiquement, en certaines circonstances, à voter des dispositions purement déclaratives. C'est ainsi qu'on trouve par exemple dans la loi de finances 2010 une disposition

qui annonce que : « il sera créé, à compter du 1^{er} janvier 2011, un compte spécial du Trésor intitulé ‘Fond d’entraide familiale’. Il sera procédé, avant la date fixée ci-dessus, à l’édiction d’une législation fixant notamment les catégories concernées par les opérations du fonds ainsi que les conditions et les procédures requises pour bénéficier des ressources du fonds »¹¹⁰⁶. Cette disposition a été introduite sous pression du groupe parlementaire du PJD, suite à des marchandages politiques avec le Gouvernement qui a trouvé là un moyen d’esquiver l’engagement qu’il avait tenu de créer ce fonds dans les plus brefs délais.

Cette situation est d’autant plus critiquable que, sous l’emprise croissante des médias, la communication institutionnelle, censée être le véhicule appropriée pour mieux informer l’opinion publique sur les projets de réforme du Gouvernement, a cédé le terrain. La logique de communication démultiplie les initiatives législatives. A chaque événement majeur, les acteurs politiques s’estiment tenus de déclarer qu’une loi est nécessaire (opposition) ou sera élaborée (le Gouvernement) pour venir au bout de la situation. C’est le cas par exemple de l’annonce d’un projet de loi instaurant une indemnité pour perte d’emploi, alors que la CNSS risque de ne trouver de quoi régler ses retraités à moyen terme. C’est le cas aussi pour l’institution d’un régime d’assistance judiciaire élargi et prévoyant une indemnité pour les avocats au titre de ce service. C’est également le cas du Fonds d’entraide familiale qui a été prévu par la loi de Finances 2010, etc.

Certains projets sont déclarés prioritaires à la veille d’un certain événement et, le lendemain, relégué au second plan, voir « oubliés ». A ce titre, le mouvement des textes relatifs à la législation sociale est souvent rythmé à la célébration de la journée du 1^{er} mai et des rounds du dialogue social tenus entre le chef du Gouvernement et les centrales syndicales.

De même, les services juridiques de l’administration et le SGG sont saisis dans la précipitation, au lendemain d’un discours royal, de projets de lois, sans aucune étude préalable de faisabilité ou d’impact, sans fiche d’incidence financière. Ces projets donnent lieu à toute une série de réunions qui s’allongent dans le temps, puis la tension commence à se relâcher jusqu’à parfois classer le projet en attendant « une nouvelle tempête ». Les projets de loi sur l’urbanisme sont un cas typique.

La même logique conduit également à l’inflation des accords internationaux de toute nature signés notamment lors des déplacements du Chef d’Etat et, dans une moindre mesure,

¹¹⁰⁶ Loi de finances n° 48-09, promulguée par dahir n° 1-09-243 du 30 décembre 2009, BO 5800 bis du 31 décembre 2009, p.1754.

du Chef du Gouvernement et des membres du Gouvernement à l'étranger. Ces accords ne sont que rarement mis en œuvre et leur effectivité ne dépasse pas, souvent, l'effet d'annonce.

Les groupes de pression, les associations et les confédérations patronales, les ONG, les syndicats, voire les citoyens, conservent une déférence pour la loi et ses effets nécessairement bénéfiques. Cette passion s'accroît au fil des législatures. Il en résulte une pression croissante en faveur de l'élaboration de nouvelles lois.

Les ONG qui exercent des activités de plaidoyer sont de plus en plus nombreuses et mieux organisées, elles exigent généralement la révision des textes de loi ou la mise en place de normes supplémentaires dans les domaines respectifs de leur activité.

D'autres ONG militent en faveur de l'amélioration de la situation et des protections sociales en faveur de certaines catégories de la population jugées vulnérables, telles les personnes ayant des besoins spécifiques, les travailleuses du sexe ou encore les homosexuels.

Le fait que ces ONG adossent leur action à celle d'organisations onusiennes ou affiliées à des mouvements de lobbying puissants ou encore à des réseaux internationaux d'ONG d'une part et alignent leurs revendications sur les tendances lourdes au niveau international, donnent un poids considérable à la pression exercée par certaines associations. Cela contraint le Gouvernement, et parfois le Parlement, à leur prêter une oreille assez attentive, si ce n'est par conviction de l'intérêt de leurs revendications, par crainte de l'impact négatif de l'ignorance des causes défendues par ces ONG, sur l'image du pays dans les études, rapport et rating édités par des organisations internationales telles le PNUD, Transparency, RSF, etc.

Sous-section 2 : Les effets de l'inflation normative : accentuation de l'ineffectivité et des problèmes d'incidence de la loi

La non maîtrise de l'inflation normative n'est pas condamnable en soi. Il l'est par les conséquences qu'elle engendre notamment au niveau de la complexification de la loi, de son ineffectivité et de l'insécurité juridique. A ce titre, « quand le droit bavarde, le citoyen ne lui prête plus qu'une oreille distraite ». Cette formule célèbre du rapport public du Conseil d'Etat français de 1991 en dit long sur l'enjeu que constituent la qualité, la stabilité et l'accessibilité des normes pour l'Etat de droit. Or, le degré d'effectivité de la loi constitue le baromètre de l'Etat de droit.

La non-maîtrise de la production normative sur les plans tant quantitatif que qualitatif, s'explique certes par des raisons dont certaines semblent inéluctables. Cependant, elle est surtout accentuée par le non-recours aux outils et méthodes modernes d'ingénierie juridique. En terme de conséquences, le phénomène impacte diverses acteurs concernés, en l'occurrence le législateur, le citoyen, la société, la justice, ainsi que l'ensemble de l'économie. En revanche, elles amplifient le phénomène d'ineffectivité des textes (A).

Il arrive aussi que des textes, tout en ayant effet, aient un autre effet que celui que leur auteur avait voulu. Il n'est pas question ici d'ineffectivité mais bien d'un problème d'incidence. Cependant, l'incidence est une effectivité qui n'en est pas moins une ineffectivité, une retombée de la loi en dehors de la cible. Ce genre de situation traduit également un défaut de conception, souvent attribuable à l'absence d'études d'impact préalables ou à une mauvaise traduction normative du besoin social qui se trouve derrière l'initiative normative (B).

A- L'ineffectivité : un signe pathologique du système normatif

L'inflation normative entraîne la production de lois qui, sous la pression de l'impératif de la quantité, s'avère défailtantes sur le plan qualitatif ou incapable de répondre au besoin initial pour lequel elles avaient été instituées, ce qui engendre des difficultés au niveau de leur mise en œuvre, d'où l'ineffectivité de la loi.

L'adoption des instruments de l'ingénierie juridique et particulièrement les outils de l'évaluation législative¹¹⁰⁷ permet d'analyser les causes de l'ineffectivité de la loi. Bien plus, le recours à des études de faisabilité et d'impact permet de prévenir les problèmes d'applicabilité de la loi. Dans l'un et l'autre cas, l'exercice peut être enrichi par les outils d'analyse empruntés à la sociologie juridique¹¹⁰⁸.

L'analyse peut être assurée à deux niveaux différents mais complémentaires. Le premier niveau consiste à examiner les handicaps à l'effectivité au niveau des autorités chargées officiellement de cette fonction, sans descendre au niveau des sujets de droit, en s'assure que, une fois la loi votée, les décrets d'application ont été pris et dans les délais requis. Cependant, ce niveau d'analyse reste insuffisant dans la mesure où il n'aborde pas les raisons objectives qui font qu'une loi faite pour être appliquée et ayant toutes les raisons de

¹¹⁰⁷ On peut citer à ce titre L.Mader, l'évaluation législative : Pour une analyse empirique des effets de la législation, 1985 ainsi que les travaux de l'atelier de méthodologie juridique d'Aix-Marseille, sous la direction de L.Bergel, publiés par la revue de recherche juridique, Droit prospectif, 1994.

¹¹⁰⁸ Voir les travaux, assez nombreux et consistant du Doyen Carbonnier dans ce sens.

l'être reste ineffective, en partie ou en totalité. Dans ce sens, l'ineffectivité interpelle le domaine de la gestion des politiques publiques¹¹⁰⁹, et plus particulièrement l'étude de la rationalité des choix.

D'un point de vue dogmatique, l'on considère qu'il y a règle de droit véritable dès qu'un texte émanant de l'organe constitutionnellement compétent a été régulièrement promulgué, indépendamment de son application effective. C'est à l'exécutif de veiller à ce que les normes en vigueur soient observées. De ce fait, on est tenté d'en conclure que l'inapplication des lois témoigne d'un manquement du Gouvernement à l'une de ses fonctions les plus importantes, chose qui est anormale. Cependant, cette ineffectivité, aussi condamnable et inadmissible soit-elle, n'affecte en rien la norme inappliquée qui n'en demeure pas moins une loi. Il s'ensuit que l'effectivité de la loi ne fait pas partie de la définition de la règle de droit.

Mais, d'un point de vue sociologique, une loi n'a de sens que si elle est effectivement appliquée. Ainsi que le précise le Doyen Jean Carbonnier, se borner à dire qu'il n'y a de règle de droit qu'effective, que la règle inappliquée est comme si elle n'existait pas, serait une attitude aussi peu scientifique que l'inverse¹¹¹⁰.

Pour cet auteur, l'ineffectivité est, autant que l'effectivité, un phénomène sociologique, et les deux méritent, à égal titre, notre attention. En effet, il existe des phénomènes d'ineffectivité, et ce n'est qu'après les avoir soumis à une analyse objective que l'on peut essayer de prendre parti sur l'exigence générale d'effectivité que les premiers sociologues du droit ont considéré comme un absolu. Cependant, c'est l'ineffectivité qui nous interpelle, du moment que les règles de droit sont faites pour être observées.

Ceci étant, entre l'effectivité quasi-parfaite, assez exceptionnelle dans notre contexte juridique, et l'ineffectivité absolue, phénomène moins rare mais assez pathologique, il existe une série de situations intermédiaires¹¹¹¹.

Contrairement à ce qu'on est tenté de croire, l'ineffectivité des textes normatifs n'est pas forcément due à une carence dans la fonction des organes chargés de la mise en œuvre de

¹¹⁰⁹ En l'occurrence la politique publique normative et le système décisionnel public.

¹¹¹⁰ J. Carbonnier, *flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^{ème} édition, LGDJ, 2001, Coll. « Hors collection », p.135 et s.

¹¹¹¹ Par exemple, les pénalistes ont mis en lumière un autre aspect de l'ineffectivité, l'ineffectivité statistique de la règle de sanction. Ils distinguent en effet la criminalité réelle, de la criminalité apparente et de la criminalité légale. Voir par exemple R. Vouin et J. Léauté, *droit pénal et criminologie*, PUF, 1956, p. 56 et s.

la règle juridique. Elle peut être due aussi au fait que la règle ne soit applicable en l'état (étant mal conçue), inutile ou encore non « rentable », le coût requis pour son application étant supérieur au gain attendu de cette application¹¹¹².

Il y a ineffectivité de la norme dans deux cas distincts :

- Soit que la règle de droit est restée constamment inappliquée, il s'agit dans ce cas de l'impuissance des lois¹¹¹³.
- Soit qu'elle a cessé d'être appliquée après l'avoir été pendant plus ou moins longtemps, c'est le phénomène de la désuétude.

L'examen du dispositif normatif national fait état de textes totalement ineffectif depuis leur mise en œuvre, et donc impuissants. De même, il regorge de loi dans l'application est soit partielle soit sporadique, au gré des compagnes organisée à la discrétion de la police. Enfin, à défaut d'un toilettage périodique du stock des textes, des textes sont devenu ineffectif, étant devenu désuet.

Bien que le phénomène d'ineffectivité des lois inquiète les sociologues du droit, il reste que l'inapplication originelle de la loi n'est pas toujours une situation anormale, du moins pas aussi anormale qu'on l'imagine, dans la mesure où beaucoup de lois sont purement facultatives ou énoncent des règles supplétives.

La plupart des lois en matière contractuelle s'inscrivent dans ce registre. Elles présentent aux intéressés des types de contrat et pour un même contrat une gamme de clauses optionnelles, mais qui ne sont que supplétives et nullement impératives. Il en va de même en matière de droit administratif qui met à la disposition du public des mécanismes juridiques avec possibilité de choisir entre diverses alternatives. C'est le cas des régimes facultatifs de sécurité sociale, des régimes d'imposition ouverts aux contribuables, etc.

Bien qu'elle soit moins grave que celle des règles impératives, l'ineffectivité des règles de droit supplétives témoigne d'une erreur législative d'appréciation. En effet, l'inapplication de la règle juridique signifie que l'institution mise sur pied ne correspond à aucun besoin social réel, ce dont une meilleure préparation du texte en suivant les règles modernes d'ingénierie juridique, notamment l'étude d'impact et l'étude des besoins par enquêtes ou sondages, aurait permis de se rendre compte du fait que les catégories sociales

¹¹¹² Le coût et le gain sont employés ici au sens général et ne renvoient pas à une approche monétaire ou économique.

¹¹¹³ J.Cruet, *La vie du droit et l'impuissance des lois*, 1908.

que le législateur voulait attirer ne manifeste aucun besoin ou intérêt à l'égard de la disposition envisagée.

Ceci étant, l'inapplication n'a pas forcément ici le sens d'un échec, justifiant condamnation ou abrogation immédiate, car l'ineffectivité peut être due au fait que l'intérêt en vue duquel la loi a été conçue, bien que parfaitement réalisable, ne s'est pas encore trouvé réalisé dans les faits. La loi inappliquée n'en demeure pas moins disponible aux convenances du public, et c'est cette disponibilité qui est son utilité essentielle. Pour cette espèce de lois, l'applicabilité importe plus que l'application ; elle est à elle seule effectivité. Il peut entrer dans la fonction juridique d'un Etat d'avoir des institutions et des mécanismes prêts pour toutes les éventualités, même s'ils doivent rester inemployés indéfiniment, comme il lui arrive d'entretenir des tribunaux inoccupés dans certaines circonscriptions territoriales¹¹¹⁴.

B- La désuétude de la loi

Concernant la désuétude de la loi, cette dernière est une abrogation par perte d'effectivité. En ce sens, elle atteste que l'effectivité est essentielle à la règle de droit. Toutefois, la jurisprudence n'admet pas facilement qu'une règle de droit, du moins de droit écrit, puisse être abrogée par désuétude, position que les sociologues critiquent, comme entachée de dogmatisme. En effet, dans la désuétude ainsi que dans la coutume, des forces sociales vives sont à l'œuvre, en dehors des formes juridiques officielles ; et ne pas admettre la désuétude reviendrait à un entêtement irréaliste à dénier à ces forces le pouvoir de créer et de détruire une norme. Encore faudrait-il être assuré que toute ineffectivité superveniens est une authentique désuétude¹¹¹⁵.

La doctrine est d'avis que, pour l'application de certaines lois, en l'occurrence les règles supplétives, le rôle de la volonté privée devra être pris en considération. A ce titre, si un modèle légal de contrat a été utilisé plus ou moins longuement puis abandonné progressivement pour ne plus être utilisé, on se demandera si ce changement de mode mérite sociologiquement d'être traité comme une désuétude abrogatoire. Il peut, certes, être désirable de rajeunir un texte en rayant les articles qui ne sont plus demandés du tout. Cependant, ce genre de réforme intéresse plus l'élégance que le fond de la législation. La situation réelle demeurera ce qu'elle était auparavant : une totale disponibilité aux volontés contractuelles,

¹¹¹⁴ J.Carbonnier, Flexible droit, op.Cit, p.138.

¹¹¹⁵ Idem, p. 140.

que gênera à peine la disparition du prototype légal, sachant que l'on peut s'attendre à un regain d'intérêt imprévisible aux dispositions abandonnées¹¹¹⁶.

Il en est autrement en matière pénale où il faut distinguer entre une désuétude (sociologique) et une tolérance (administrative). En effet, bien souvent, si la loi pénale cesse d'être appliquée, quoique les conditions de l'infraction soient réunies, c'est que les autorités chargées de la répression ne croient plus opportun d'exercer des poursuites.

Il est vrai que cela pourrait vouloir dire qu'une telle position découle de la conviction que des poursuites ne seraient plus comprises par l'opinion publique, si bien que la tolérance ne ferait qu'interpréter une désuétude déjà latente dans la masse. Mais l'explication n'est pas valable pour toutes les espèces. Ainsi que l'explique le Doyen Carbonnier, il existe bien une notion autonome de la tolérance administrative, acte de volonté du pouvoir à des fins d'intérêt public. C'est une ineffectivité, tout comme la désuétude, mais moins profonde. D'abord, parce que la tolérance est instable, car l'appréciation de l'intérêt public peut changer rapidement. Et aussi parce qu'elle n'affecte que la règle de sanction, la règle de prohibition pouvant demeurer effective ou partiellement effective, dans la mesure même où la possibilité, toujours présente d'un retour à la sanction intimide quelques contrevenants potentiels.

A tous ces aspects s'ajoute celui de l'abrogation tacite des textes normatifs ou de certaines de leurs dispositions. Cette méthode a l'avantage de la facilité mais crée des confusions pour les praticiens et le citoyen.

Dans la pratique, la cadence de plus en plus élevée de la production normative rend les différents intervenants plus soucieux d'en finir avec un texte et de le faire sortir que de s'assurer que les nouvelles dispositions sont en harmonie avec les dispositions anciennes et, dans le cas contraire, elles abrogent tacitement ces dernières. A défaut d'un tel travail, on s'en tient aux principes généraux qui veulent que le texte particulier l'emporte sur le texte général et que le texte le plus récent l'emporte sur le texte qui lui est antérieur. A cela s'ajoute les textes qui ne sont ni utilisés ni abrogés, tacitement ou expressément.

En effet, à l'instar du droit romain, le droit écrit au Maroc ne reconnaît pas de clause de caducité automatique, ce qui ne permet pas un toilettage automatique du corpus normatif. De même, à ce jour, il n'existe pas de réexamen systématique des réglementations, qui restent en vigueur malgré leur ineffectivité.

¹¹¹⁶ Idem, p. 141.

Pour lutter contre le vieillissement et l'empilement croissant de réglementations, un effort majeur doit être entrepris en matière de codification, et de simplification du droit pour améliorer l'accès aux textes normatifs et assainir le corpus normatif des textes inusités. A ce titre, la codification est une entreprise de rationalisation et de recensement systématique du droit qui permet de mettre de l'ordre dans le corpus normatif, au fur et à mesure de son actualisation.

Devant l'accroissement du nombre de texte de lois mis chaque année dans le circuit normatif et la faiblesse des méthodes d'ingénierie juridique, notamment le non recours aux études d'impact, très peu d'attention est accordée à la question de l'incidence de la loi.

Le phénomène d'incidence de la loi est couramment associé à la législation fiscale. En effet, il est bien connu que les personnes imposées ne sont pas forcément celles supportant définitivement l'impôt. A titre d'exemple, l'augmentation du taux d'imposition à l'IS¹¹¹⁷ affectant les institutions financières se traduit par l'augmentation des commissions au titre des services bancaires pour maintenir leur marge de profit. Ainsi, quand le redevable recouvre sur autrui ce qu'il a dû payer d'abord, c'est comme s'il substituait un sujet à un autre dans l'exécution de la règle, un sujet réel au sujet apparent.

Tout texte normatif peut donner lieu au même phénomène, étant donné que toute loi, étant contrainte, est sentie comme un fardeau. En effet, du moment que le législateur, par hypothèse, a discriminé une catégorie de population pour l'assujettir à une obligation spéciale, il est normal que la catégorie ciblée cherche spontanément à utiliser les rapports de fait ou de droit qui l'unissent aux autres catégories pour essayer de rejeter sur celles-ci tout ou partie de l'obligation.

On peut multiplier les exemples à cet égard. La consécration jurisprudentielle de la responsabilité civile des médecins pour faute professionnelle les amène à se couvrir contre ce risque en souscrivant une assurance. Les frais ainsi engagés sont répercutés sur les patients en les intégrant dans le prix de la prestation. Les propriétaires d'immeubles désireux d'entreprendre des travaux de réaménagement ou de construction d'un étage supplémentaire connaissent parfaitement qu'ils s'exposent à une sanction qui, selon le cas, se traduira par le paiement d'un pot de vain pour les autorités locales, d'une contravention de la police de l'urbanisme ou tout au plus à une condamnation judiciaire au paiement d'une amende suivie

¹¹¹⁷ L'impôt sur les sociétés.

de la régularisation des travaux ainsi entrepris. Ainsi, ces contrevenants font leur calculs dès le départ et intègrent dans le prix de revient ces coûts cachés.

Bien entendu, le phénomène de l'incidence est universel, insidieux et perturbateur. La gravité des problèmes de l'incidence est qu'ils faussent l'action du législateur, dans la mesure où il se trompe d'objectif. Il s'ensuit que l'impact attendu sur une cible se produit ailleurs. Ainsi, la norme sociale est accomplie, contrairement au phénomène de l'ineffectivité, mais c'est un accomplissement purement formel, car ses propres sujets la doublent d'une autre norme, norme privée, qui, peu ou prou, la vide de sa substance.

Ce phénomène se justifie par le fait que le législateur travaille sur une matière vivante et intelligente voire astucieuse. Comme le remarque le Doyen Carbonnier, il est ainsi de bonne guerre que les intérêts auxquels il s'attaque se défendent, et bien humain que, pour se défendre, au lieu de résister sur place, ils s'en prennent à d'autres intérêts, plus faibles qu'eux. Seulement, à ce compte, toute politique législative n'est-elle pas rendue impossible¹¹¹⁸.

L'absence d'études préalables d'impact amplifie les conséquences de l'incidence sur notre dispositif normatif. En effet, bien que l'incidence est un phénomène assez complexe, le recours à des études d'impact pointues et à des analyses raffinées et bien réfléchies est à même de renseigner à titre prévisionnel sur la direction des rejets et des transferts et partant permettre au législateur d'ajuster son tir. Bien plus, il serait possible d'utiliser à bon escient l'incidence pour provoquer des effets désirables et maîtrisés.

Section 2: la préservation de la sécurité juridique

Il est globalement admis par la doctrine que la complexité de la loi conjuguée à la prolifération normative amplifient le désordre et l'instabilité du droit et affectent la qualité des normes, ce qui contribue à l'insécurité juridique. Cependant, ils n'en constituent pas les seules causes.

La sécurité juridique est un principe de droit qui a pour objectif de protéger les citoyens contre les effets secondaires négatifs des textes normatifs, et particulièrement les incohérences ou la complexité de ces derniers, ou leurs changements trop fréquents (insécurité juridique).

¹¹¹⁸ J. Carbonnier, *Flexible droit*, Op.cit., p.152.

A ce titre, le principe de sécurité juridique implique, selon le Conseil d'Etat français, que les citoyens soient, sans que cela appelle de leur part des efforts insurmontables, en mesure de déterminer ce qui est permis et ce qui est défendu par le droit applicable. Pour parvenir à ce résultat, les normes édictées doivent être claires et intelligibles, et ne pas être soumises, dans le temps, à des variations trop fréquentes, ni surtout imprévisibles¹¹¹⁹. De ce fait, l'exigence de sécurité juridique est un fondement de l'Etat de droit.

En raison des effets préjudiciables de l'insécurité juridique sur les citoyens et les entreprises et sur la crédibilité même de l'action de l'Etat, les sources de celle-ci doivent être combattues. L'examen de la situation dans notre pays montre que celles-ci sont assez variées. Au-delà des défauts intrinsèques à la qualité de la norme, l'inaccessibilité de la norme, la lenteur de la justice, l'instabilité de la jurisprudence et la difficulté d'exécution des jugements sont, entre autres facteurs, pointés du doigt. En outre, l'insécurité juridique a un coût qui se répercute à la fois sur le citoyen, l'entreprise et la vie socio-économique dans son ensemble.

Ceci étant, le risque d'insécurité juridique est universel, quoi que son ampleur varie amplement d'un dispositif normatif à un autre. L'expérience des pays qui se sont attaqués à ce fléau montre que le respect des compétences et des procédures d'ores et déjà inscrites dans la Constitution, l'amélioration de celle-ci via l'exploration de stratégies complémentaires, relatives au fonctionnement du Parlement, au rapport du législateur avec les citoyens, à une meilleure accessibilité du droit, au statut des circulaires et instructions ainsi qu'aux relations entre l'administration et l'usager, représentent des pistes d'amélioration incontournables.

Les efforts fournis en matière d'amélioration de la sécurité juridique ne prennent pas leur justification du seul objectif de consolidation de l'Etat de droit. Ils sont également animés par le souci d'améliorer l'attractivité et la compétitivité de l'économie, la sécurité juridique étant devenu un élément de rating mené par les agences de notation.

La sécurité juridique constitue l'un des fondements de l'Etat de droit, le concept se déploie à travers deux axes. Le premier est inhérent à la qualité intrinsèque de la norme et intervient en amont, lors de sa confection. Quant au second, il se rapporte aux conditions de sa mise en œuvre et renvoie notamment à la qualité de la justice.

A ce titre, la sécurité juridique, comme nous l'avons déjà vu, est d'abord garantie par la qualité de la loi qui doit être normative, c'est-à-dire prescrire, interdire, sanctionner. Il en

¹¹¹⁹ Conseil d'Etat français, Rapport public 2006 : sécurité juridique et complexité du droit, la Documentation française, 2006, Coll. « Etudes et documents, Conseil d'Etat », n°57, p.281.

découle que la loi ne doit pas bavarder, créer des illusions, nourrir des ambiguïtés et des déceptions, d'autant plus que la loi non normative affaiblit la loi nécessaire en créant un doute sur l'effet réel de ses dispositions. En outre, la norme doit être intelligible, ce qui se mesure à la lisibilité, à la clarté et à la précision des énoncés ainsi qu'à la cohérence de ces derniers.

Par ailleurs, la sécurité juridique dépend de la prévisibilité de la loi. Sans pour autant aboutir à un conservatisme excessif, le principe de sécurité juridique suppose que le droit soit prévisible et que les situations juridiques restent relativement stables. Il s'agit d'une part de la non-rétroactivité de la loi, et d'autre part de la protection des droits acquis et de la stabilité des situations juridiques¹¹²⁰.

Le concept de sécurité juridique est d'une importance telle qu'il est considéré comme un attribut même de la loi. A ce titre, une frange de la doctrine considère la sécurité juridique comme une tautologie. Comme le faisait remarquer le Doyen Carbonnier, la formule sonne en effet comme une sorte de redondance, tant il paraît évident qu'un droit qui n'assurerait pas la sécurité des relations qu'il régit cesserait d'en être un¹¹²¹. Imagine-t-on un droit qui organiserait l'insécurité, ou même qui la rendrait possible ?

Cependant, force est de reconnaître que, le droit étant issu de montages et d'arbitrages complexes pour apporter des solutions statiques à des situations dynamiques, l'insécurité en fait partie. La question n'est pas donc de savoir si un système normatif comprend une part d'insécurité juridique, mais de savoir quelle dose d'insécurité un système juridique peut supporter.

Il semblerait que la sécurité juridique qui suppose le caractère prévisible, lisible et accessible des lois et réglementations, n'est pas tout à fait garantie en droit marocain. C'est du moins, ce qui se dégage des appréciations de la doctrine et des acteurs économiques lors des rencontres et séminaires consacrés à la question et qui sont de plus en plus nombreux.

Cependant, cet intérêt de plus en plus incessant à la question témoigne de la prise de conscience que la modernisation et l'extension des infrastructures doit aller de pair avec une mise à niveau vigoureuse de l'environnement juridique, si l'on veut réaliser les conditions du

¹¹²⁰ Idem. p.282.

¹¹²¹ J.Boulouis, « Quelques observations à propos de la sécurité juridique, in. Du droit international au droit de l'intégration, Pierre Pescatore, Nomos Verlag, 1987, p.53.

développement économique et social¹¹²². Dans ce sens, le Professeur Farid El Bacha précise que la sécurité juridique suppose pour les personnes la possibilité de prévoir les conséquences de leurs actes. Elle est la garantie de liberté individuelle nécessaire à l'activité sociale et économique et exige trois conditions : clarté et précision des règles juridiques, absence d'arbitraire administratif ou judiciaire et non rétroactivité des règles nouvelles¹¹²³.

Il est certes difficile d'évaluer le degré de sécurité de tel ou tel dispositif juridique¹¹²⁴. Mais il est plus facile d'en identifier les causes, tant en amont, au niveau de l'ingénierie de la norme qu'en aval, au niveau de son application.

Comme nous l'avons signalé auparavant, la cadence de réformes de textes existants et de mise en place de nouvelles lois s'est particulièrement accélérée durant les deux dernières décennies. Ainsi, plusieurs lois ont été promulguées en vue de consolider l'Etat de droit et favoriser le développement économique et social. On peut citer à ce titre le code pénal, le code de procédure civile (y compris la loi sur l'arbitrage), la loi sur la protection des données privées contre les traitements informatiques, le code de la famille, les lois instituant les tribunaux administratifs et les juridictions de commerce, le code de commerce, le code des douanes, le code de travail, la loi bancaire, la loi sur la liberté des prix et de la concurrence, la loi sur la propriété intellectuelle, la loi sur les télécommunications, la loi sur la propriété industrielle, la loi sur signature électronique, etc. cette actualisation du corpus normatif est de nature à consolider la sécurité juridique dans la mesure où elle a permis de combler le vide juridique dans certains domaines, de consolider les libertés individuelles et de dresser le cadre juridique favorisant les affaires et protégeant l'investissement.

Toutefois, force est de constater que les révisions sont perçues par d'aucuns comme trop techniques étant donné les structures économiques du Maroc et les capacités de ses professionnels du droit. En outre, les réformes normatives se préoccupent davantage des recommandations internationales et se soucient d'y répondre plutôt que de satisfaire les besoins sociaux. De même, la piètre qualité rédactionnelle de la loi est préoccupante¹¹²⁵.

¹¹²² M.Rousset, politique administrative et développement : au Maroc 1956-2004, Communication présentée au séminaire organisé par l'Union International des Avocats, l'Association des Barreaux du Maroc et le Bureau de Marrakech à Marrakech les 7 et 8 mai 2004.

¹¹²³ Interview du Professeur Farid el Bacha. L'économiste, édition du 2 mai 2003, p.5.

¹¹²⁴ J.G.Huglo, « La cour de cassation et le principe de sécurité juridique », in. Cahiers du Conseil constitutionnel n° 11, éditions Dalloz, 2001, p. 35 et s.

¹¹²⁵ Banque mondiale, Evaluation du système juridique et judiciaire marocain, Juin 2003, p. 12.

En effet, ainsi que le précise le Professeur Farid El Bacha, le problème ne réside pas dans la production de règles, mais surtout dans la clarté de celles-ci. Les textes de lois prolixes ne suffisent pas et quelques fois ils nuisent même au droit. Pour lui, la sécurité juridique suppose, entre autres, la clarté des règles, c'est-à-dire que les lois aient un sens et un seul, compréhensible pour tous les citoyens sans qu'ils aient besoin d'être experts en matière juridique. Or, les textes sont parsemés de termes aussi vagues qu'imprécis¹¹²⁶.

Pour sauvegarder ce principe d'équité, la loi doit bien se garder de poser des règles dont l'application serait trop tributaire de l'évaluation des juges. Il n'est certes pas possible de soustraire aux magistrats cette possibilité, mais plus précises sont les règles, mieux les citoyens sont protégés. C'est sans doute à cause de ce manque de précision que la législation du travail est aujourd'hui à l'origine de nombreux cas d'injustice¹¹²⁷.

Enfin, force est de signaler que l'accessibilité de la loi reste largement défectueuse en l'absence de la codification et de la consolidation systématiques des textes et en raison de la faible utilisation des technologies de l'information et de la communication.

Ceci étant, ces anomalies ne sont que la manifestation des défaillances du processus normatif, défaillance que l'on peut résumer, d'une part, dans le fait que le Parlement est mal outillé et « manque encore de capacités internes indispensables pour remettre en cause les projets de loi qu'il examine »¹¹²⁸ et, d'autre part, dans l'insuffisance des compétences humaines des services juridiques de l'administration et la défaillance de leur méthode de travail.

Au-delà des qualités intrinsèques de la loi, la sécurité juridique s'exprime à travers des principes plus spécifiques tels que l'obligation pour le juge de statuer en fonction du droit applicable au jour de la demande, la non-rétroactivité des normes juridiques, l'effet obligatoire des conventions entre les parties, l'interprétation restrictive des textes d'incrimination, l'existence de délais de recours et de prescription, le principe de la confiance légitime, la cohérence et la stabilité de la jurisprudence, la possibilité de traiter le litige devant les tribunaux dans un temps raisonnable et prévisible, etc. cela explique pourquoi le principe de la sécurité juridique est fortement lié à la qualité de la justice. Or, ce point figure parmi les

¹¹²⁶ Intervention de Mr Farid El Bacha lors du séminaire « La sécurité juridique : facteur concurrentiel pour les investissements au Maroc? », organisé le 30 avril 2003 à Casablanca par la chambre allemande de commerce et d'industrie au Maroc et la fondation Konrad Adenauer.

¹¹²⁷ Idem.

¹¹²⁸ Banque Mondiale, Evaluation du système juridique et judiciaire marocain, op.cit., p.13.

points noirs du système de gouvernance au Maroc, comme en témoignent à la fois le discours officiel et les rapports des organisations internationales.

Dans ce qui suit, nous n'allons pas passer en revue l'ensemble des maux de la justice, le cadre et l'espace ne le permettent pas. Nous allons simplement nous arrêter sur quelques points cillant des dysfonctionnements de la justice qui contribuent directement à l'insécurité juridique, en l'occurrence le manque d'autonomie de celle-ci (bien avant la Constitution de 2011), l'insuffisance de la formation et de l'information des magistrats et des auxiliaires de la justice, la difficulté d'exécution des décisions judiciaires et de la corruption.

La Constitution marocaine du 29 Juillet 2011 a consacré un titre particulier au principe de l'indépendance du pouvoir judiciaire qui représente à la fois une garantie des droits et libertés des personnes, et l'élément essentiel pour la consolidation de la bonne gouvernance, autre principe édicté par la nouvelle Constitution marocaine.

L'indépendance du pouvoir judiciaire repose sur deux principes fondamentaux ; l'indépendance individuelle du magistrat et l'indépendance institutionnelle de la magistrature. L'indépendance du magistrat a pour objet de protéger le juge de toute influence extérieure, elle est garantie par le principe de l'immovibilité des magistrats du siège prévue par l'article 108 du titre VII de la Constitution ; cela signifie qu'ils ne peuvent être déplacés, rétrogradés ou suspendus de leurs fonctions que selon des procédures exorbitantes du droit commun disciplinaire.

De même, la Constitution proscriit, dans son article 109, toute intervention dans les affaires soumises à la justice. Dans sa fonction judiciaire, le juge ne saurait recevoir d'injonction ou instruction, ni être soumis à une quelconque pression.

Le juge doit impérativement saisir le Conseil supérieur du pouvoir judiciaire chaque fois qu'il estime que son indépendance est menacée.

Il faut toutefois distinguer entre les magistrats du siège et les magistrats du parquet (ou ministère public) quant à la portée de cette indépendance. En effet, selon l'article 110 de la constitution, les magistrats du siège ne sont astreints qu'à la seule application du droit. Tandis que les magistrats du parquet sont tenus à l'application du droit et doivent en même temps se conformer aux instructions écrites qui émanent de l'autorité hiérarchique.

Le statut des magistrats est régi par la loi organique 106-13, elle comprend les dispositions relatives à la composition du corps de la magistrature, aux droits et devoirs des magistrats, à leurs positions statutaires ainsi qu'aux garanties qui leur sont accordées.

L'indépendance du pouvoir judiciaire ne peut être totale que si les institutions judiciaires en charge, à la fois le Conseil supérieur du pouvoir judiciaire et la présidence du ministère public, soit elles-mêmes indépendante du pouvoir exécutif et du pouvoir législatif.

De ce fait, il a été porté création d'un Conseil supérieur du pouvoir judiciaire indépendant qui remplace le Conseil supérieur de la magistrature, et qui veille à l'application des garanties accordées aux magistrats, notamment quant à leur indépendance, leur nomination, leur avancement, leur mise à la retraite et leur discipline. Il dispose également de l'autonomie administrative et financière.

La loi organique 100-13 relative au Conseil supérieur du pouvoir judiciaire vient donc affirmer le principe posé par l'article 107 de la Constitution selon lequel le pouvoir judiciaire est indépendant du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif, et que le Roi est le garant de cette indépendance.

En second lieu, la présidence du ministère public a été transférée au procureur général du Roi près la Cour de cassation en vertu de la loi 33-17 relative au transfert des attributions du ministère de la justice au procureur général du Roi près la Cour de cassation, et ce conformément à l'article 117 de la loi organique n°106-13 portant statut des magistrats.

Cette indépendance du parquet général, qui a toujours été sous la tutelle du ministère de la justice, est une réponse aux larges revendications sociales, et complète le processus de séparation des pouvoirs. Cette adoption s'est donc inscrite dans le cadre du projet global de réforme du système de la justice.

Le principe de sécurité juridique n'est pas évoqué, de façon autonome par le texte de la Constitution. Il convient toutefois de souligner que la Constitution consacre des règles et des principes corollaires à la notion de sécurité juridique, dont notamment le principe de l'indépendance du pouvoir judiciaire ainsi que d'autres principes qui touchent la sécurité juridique, tel que le principe de la non-rétroactivité de la loi (art. 6 dernier alinéa).

La sécurité juridique suppose que les textes sont compris par tout le monde de la même manière et plus particulièrement les juges. Cela permet d'obtenir une constance et une

harmonie des décisions judiciaires dont l'issue est prévisible à la lumière de la position de la jurisprudence.

Or, l'insuffisance de la formation initiale des juges, concentrée sur la matière juridique, et peu ouverte sur les sciences économiques et sociales et les langues vivantes étrangères ne permet pas aux juges d'aborder avec aisance et créativité le contentieux selon une vision assez large, notamment dans certains domaines assez pointus.

En outre, les lacunes dans la diffusion de l'information juridique, notamment le droit (absence de codification des textes et de collection authentiques mises gracieusement à la disposition des magistrats), la doctrine et la jurisprudence ne permettent pas le partage des nouveautés en la matière, et partant de disposer d'une vision d'ensemble sur l'évolution des thématiques objets des affaires sur lesquelles les magistrats ont à statuer. De même, l'absence d'un plan de formation continue et régulière des juges sur les dernières évolutions de leurs domaines de spécialisation renforce cet état de fait.

Ce constat est tout aussi valable pour les auxiliaires de la justice, notamment les avocats. A ce titre, les enquêtes menées par les organisations de la société civile agissant dans le domaine de la réforme de la justice et de la moralisation de la vie publique ont pointé du doigt une carence aigue des compétences dans certaines thématiques à caractère technique, telles que le traitement des difficultés de l'entreprise, le droit de la propriété industrielle et du commerce, le droit bancaire, le droit des télécommunications, la protection du consommateur, la responsabilité médicale, le droit des marchés publics, etc. il s'ensuit que les magistrats se déchargent sur les experts qui deviennent alors juges de fait, sachant que le corps des experts est mal organisé et est rangé par des pratiques immorales selon les différents rapports et études établis en la matière¹¹²⁹.

Tous ces facteurs renforcent les risques de l'aléa judiciaire, source d'insécurité juridique.

La corruption de la magistrature est considérée comme un mal courant tant par les citoyens que par les opérateurs économiques. Les enquêtes menées dans le cadre de l'élaboration de l'indice de perception de la corruption montrent que le secteur est classé en

¹¹²⁹ Voir à ce titre les différents rapports de Transparency International sur la corruption au Maroc, le Doing Business et le rapport de la Banque mondiale sur l'évaluation du système juridique et judiciaire marocain.

quatrième position des secteurs les plus affectés par la corruption¹¹³⁰. L'ampleur de la corruption parmi les magistrats, le personnel judiciaire et les auxiliaires de la justice signifie qu'il est possible d'influencer le sort d'un litige indépendamment de l'orientation des textes et de la position de la jurisprudence, et que l'on ne peut se fier à la lettre de la loi, d'où un fort risque d'insécurité juridique.

On passe maintenant à la difficulté qui concerne l'exécution des jugements, à supposer même que l'on a réussi à obtenir une décision judiciaire ayant force de la chose jugée et conforme au droit, en dépit de tous les facteurs ci-dessus susceptibles d'influencer l'impartialité des juges, l'on se heurte à un obstacle majeur au moment de l'exécution de ladite décision. Or, à quoi sert la justice si les décisions judiciaires rendues après tant de procédures, de frais engagés et de temps perdu, ne pouvaient recevoir application.

La procédure d'exécution judiciaire est longue, complexe et semée d'embûches. Les statistiques officielles montrent que l'ampleur du phénomène est alarmante. En effet, environ 157.000 jugements étaient recensés en 2004 comme souffrant de l'inexécution. Une compagnie a été menée depuis pour alléger le problème, mais les réclamations des justiciables montrent que la situation n'a pas significativement changé. Le secteur des assurances¹¹³¹ et les administrations figurent au sommet du hit parade des récalcitrants.

Selon les conclusions du Rapport de la banque mondiale, l'exécution des décisions est retardée et est souvent parcellaire et coûteuse. Les agents d'autorité ont la réputation de réclamer des frais additionnels pour faire appliquer les décisions de justice ou d'y faire entrave en prétextant qu'ils n'ont pu la notifier aux débiteurs.

A cela s'ajoute la mauvaise volonté dont font preuve les débiteurs pour honorer leurs dettes. Les juges sont confrontés à une charge de travail très lourde, ce qui les empêche de superviser le travail des huissiers de justice. Ce sont les procureurs qui sont censés exercer cette supervision mais ils ne disposent ni du temps nécessaire ni des aptitudes techniques à la hauteur de cette responsabilité. Par ailleurs, les huissiers de justice n'étaient pas tenus de divulguer le montant de leur patrimoine à une quelconque instance externe, ce qui ne facilite pas leur contrôle.

¹¹³⁰ Transparency Maroc, « La corruption au Maroc : Synthèse des résultats des enquêtes d'intégrité », Série « Publications de l'université de la transparence », 2002, p.49 et suivants.

¹¹³¹ Selon la Fédération marocaine des sociétés d'assurance et de réassurance (FMSAR) le nombre des jugements non encore exécutés, à fin mai 2007, atteignait 30.073, contre 43.750 en août 2006 et 50.112 à fin 2005.

De même, en raison d'une lacune dans la loi instituant les tribunaux de commerce, ces juridictions n'ont aucune autorité sur les huissiers de justice dans les litiges commerciaux et sont donc tenues de déléguer la supervision aux tribunaux de droit commun qui ne sont pas encore informatisés pour assurer la continuité et la régularité du suivi.

La procédure d'exécution attribue aux huissiers de justice un rôle majeur en la matière. Cependant, ces derniers sont quantitativement insuffisants et matériellement démotivés, étant mal rémunérés. L'exécution de certaines décisions peut prendre des années. C'est le cas des jugements prononçant la liquidation d'une entreprise, ce qui porte atteinte aux intérêts des créanciers de celle-ci. Cet état de fait affecte l'essence même de la sécurité juridique, ce qui n'est pas sans conséquence, tant sur le citoyen que sur l'économie du pays.

Traiter du coût de l'insécurité juridique reviendrait à évoquer l'intérêt de la sécurité juridique. La quête de l'Etat à satisfaire aux exigences de celle-ci n'est pas une fin en soi. Elle se justifie par le fait qu'elle conditionne l'exercice des droits des citoyens et le développement économique du pays.

A ce titre, nombreux sont les auteurs et experts qui soutiennent que l'insécurité juridique menace les fondements même de l'Etat de droit, dégrade le climat des affaires et décourage les investissements, ce qui impacte négativement l'attractivité du pays et sa compétitivité.

Si les méfaits de l'insécurité juridique sur le citoyen sont connus depuis fort longtemps et ont fait l'objet d'une doctrine abondante, le rapport entre la sécurité juridique et le développement économique n'a attiré l'attention des chercheurs que plus récemment. Aujourd'hui, nombreuses sont les organismes internationaux qui incluent la composante juridique dans le dispositif d'évaluation de l'attractivité des pays. Les rapports de la banque mondiale et de l'OCDE illustrent cette prise de conscience.

Comme son nom l'indique, l'Etat de droit¹¹³² repose sur la suprématie de la règle de droit.

Or, pour jouer pleinement son rôle en tant que pilier de l'Etat de droit, celle-ci doit satisfaire aux exigences de qualité développées dans la partie précédente (clarté, précision, lisibilité, prévisibilité, accessibilité, normativité, etc.).

¹¹³² Certains auteurs considèrent que tous les Etats sont des Etats de droit, dans la mesure où tout Etat dispose d'un dispositif de lois et que la différence se situe au niveau de la qualité de ces textes et du processus de leur élaboration et adoption qui peut être plus ou moins démocratique et participatif.

Les règles de droit qui ne satisfont pas à ces qualités produisent un sentiment d'insécurité dans la mesure où l'on peut savoir avec certitude à quel moment on est en bon droit et quand est-ce qu'on est à la marge de la légalité. En effet, les normes insuffisamment claires ou stables créent la confusion, multiplient le contentieux et accentuent l'ineffectivité des textes, ce qui équivaut à l'absence de ces derniers et accentue l'incertitude en matière des droits et obligations, d'où une précarité des situations juridiques et des droits acquis.

Pour éviter ces répercussions négatives, et à défaut d'une consécration légale expresse du concept de sécurité juridique, la jurisprudence s'est attelée, directement dans certains pays et indirectement dans le nôtre, à échafauder les éléments fondateurs dudit concept. Pour ce faire, la jurisprudence a confirmé certains principes tels la non-rétroactivité de la loi¹¹³³, la protection des droits acquis, la stabilité des situations juridiques, la confiance légitime, etc.

La sécurité juridique est un élément de la sûreté. A ce titre, elle trouve son fondement dans l'article 3 de la déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948¹¹³⁴ qui précise que « tout individu a droit à la vie, à la liberté et à la sûreté de sa personne ». Trop souvent, on a pensé que, le mot sûreté renvoie uniquement à la protection des personnes et des biens. En fait, la sûreté s'étendait à la protection des droits. L'article 10 de la déclaration girondine, l'article 8 de la déclaration jacobine le confirment expressément : protéger les droits c'est bien assurer la sécurité juridique¹¹³⁵.

A ce titre, le Conseil constitutionnel français a bien cité la sûreté comme l'un des droits de l'Homme sans pour autant en tirer une conséquence directe sur une loi soumise à son examen. A plus forte raison il n'a jamais utilisé l'expression « sécurité juridique » pour en faire profiter l'individu. Plus exactement, l'expression n'apparaît qu'une fois, au profit non d'une personne mais de la délibération d'une assemblée locale¹¹³⁶.

Dans un environnement marqué par la multiplication des règles de droit et par l'encadrement croissant, par les autorités publiques, nationales ou internationales, des activités privées, la sécurité juridique, entendue comme la nécessité pour les autorités administratives d'assurer la stabilité des situations juridiques individuelles dans le temps, d'une part, ainsi que de veiller à la clarté et la prévisibilité des normes d'autre part, jouit

¹¹³³ Voir à ce titre, M.A.Benabdallah, « Le conseil constitutionnel et le principe de non-rétroactivité des lois », in REMALD, 2002, n° 43, p. 99.

¹¹³⁴ Une disposition similaire est énoncée par la déclaration de 1789, article 2.

¹¹³⁵ F.Luchaire, « la sécurité juridique en droit constitutionnel français », in Cahiers du Conseil constitutionnel n° 11, éditions Dalloz, 2001, p.4.

¹¹³⁶ F.Luchaire, « La sécurité juridique en droit constitutionnel français », op.cit, p.5.

depuis quelques années d'un regain d'intérêt de la part de la doctrine, comme en témoigne le grand nombre d'articles, de travaux de recherche et d'ouvrages dont elle fait l'objet¹¹³⁷.

Le système des droits fondamentaux place l'individu au centre du système juridique, il le pose clairement comme finalité. Par ailleurs, la règle juridique, qui intervient dans un univers à la fois très évolutif et dont les fondements sont incertains, devient plus souple, mais aussi moins sûre. Cet affaiblissement de la logique étatique et cet assouplissement de la norme écrite cède la place au renforcement du pouvoir du juge comme garant du respect des droits fondamentaux¹¹³⁸.

Le recours à la notion de sécurité juridique renseigne sur l'incapacité du droit à sécuriser les rapports collectifs et interindividuels. Le droit édicté par les autorités publiques est censé incarner l'intérêt général qui, incontestablement, inclut une idée de sécurité. Or, la sécurité juridique ne vise pas à protéger les biens ou les personnes, selon la conception traditionnelle de la sûreté, mais les droits appartenant aux individus, lesquels droits ne vont pas forcément de pair avec l'intérêt général tel que défini par les autorités publiques normatives¹¹³⁹. Ainsi la sécurité ne s'opère plus seulement par le droit, elle peut être menacée par le droit.

Cependant c'est encore et nécessairement vers le droit que l'on se tourne pour résoudre ce problème. Il ne peut alors être résolu qu'au prix d'un changement de perspective. La sécurité juridique s'obtient à la fois par et contre le droit. La reconnaissance de droits fondamentaux s'accompagne nécessairement de la garantie de ces droits. Or, la sécurité juridique est l'un des éléments essentiels de cette garantie.

Ainsi, il devient possible d'opposer au législateur, ou à une autorité administrative, l'exigence de protection de la sécurité juridique, alors même que l'acte législatif ou administratif ne contredit aucune norme substantielle, hiérarchiquement supérieure. Le principe de sécurité juridique, qui incarne la protection des droits individuels est susceptible d'entrer en conflit avec le principe de légalité, entendu dans un sens large comme la

¹¹³⁷ S.Boissard, « Comment garantir la stabilité des situations juridiques individuelles sans priver l'autorité administrative de tous moyens d'action et sans transgresser sur le respect du principe de légalité ? Le difficile dilemme du juge administratif », in Cahiers du Conseil constitutionnel n° 11, éditions Dalloz, 2001, P. 12 et s.

¹¹³⁸ B.Mathieu, « Réflexions en guise de conclusion sur le principe de sécurité juridique », in Cahiers du Conseil constitutionnel n° 11, éditions Dalloz, 2001, p. 84 et s.

¹¹³⁹ F.Luchaire, « La sécurité juridique en droit constitutionnel français », op.cit., p.7.

conformité aux normes supérieures et qui incarne l'intérêt général dont les pouvoirs publics ont la charge¹¹⁴⁰.

Bien entendu, une telle présentation est plutôt caricaturale dans la mesure où le principe de légalité relève, lui-même, d'une exigence de sécurité juridique en ce qu'il est pour chacun une garantie quant à la qualité de la norme juridique qui lui est appliquée. De même, la sécurité juridique peut s'exercer à l'encontre d'un individu. A titre d'exemple, le recours pour excès de pouvoir renforce la sécurité juridique de ceux qui sont susceptibles de l'inventer, mais représente pour les tiers un facteur d'insécurité¹¹⁴¹.

Il en découle que la sécurité juridique concilie les exigences de protection des droits individuels et celles découlant de l'intérêt général. C'est ainsi cet équilibre qui devient le critère d'appréciation de la validité de la norme juridique et non plus seulement d'intérêt général dont la loi ou l'acte administratif sont censés être les supports.

Enfin, le développement de l'exigence de sécurité juridique comme condition posée à l'action publique est également susceptible de renforcer la responsabilité de l'Etat envers les particuliers. En effet, l'invocation de l'intérêt général n'est plus suffisante pour justifier l'irresponsabilité du législateur ou de l'administration, encore faut-il qu'elle ne heurte pas la sécurité des citoyens¹¹⁴². C'est le nouveau critère de la légitimité de l'action publique.

Au niveau du droit comparé, de nombreux pays ont mis en place une palette de solutions aussi variées que complémentaires en vue de combattre l'insécurité juridique.

A ce titre, en Allemagne, l'évaluation des effets de la législation relève, pour la Cour constitutionnelle fédérale, de la protection des droits fondamentaux de la personne. De même, le Conseil constitutionnel contrôle, en France, la loi au regard de la Constitution : il encadre, en particulier, les lois rétroactives et veille à l'intelligibilité et à la qualité normative de la loi. Le Conseil d'Etat, quant à lui, veille à la sécurité juridique en tant que conseiller du Gouvernement sur les projets de loi et certains décrets et en tant que juge administratif de la réglementation. Un rapport du Conseil d'Etat, rédigé par François Chandernagor en 1991, avait alerté sur les risques d'insécurité juridique dans la production juridique française dont la logorrhée avait été sévèrement dénoncée. Le rapport de 2006 du Conseil d'Etat est revenu sur le sujet. Enfin, le principe de sécurité juridique a été solennellement reconnu par le Conseil

¹¹⁴⁰ B.Mathieu, « Réflexions en guise de conclusion sur le principe de sécurité juridique », op.cit., p.87.

¹¹⁴¹ S.Boissard, « Comment garantir la stabilité des situations juridiques individuelles... », Op.cit., p.13.

¹¹⁴² B.Mathieu, « Réflexions en guise de conclusion sur le principe de sécurité juridique », in. Cahiers du Conseil constitutionnel n° 11, Dalloz, 2001, p.84 et s.

d'Etat statuant au contentieux dans l'arrêt du 24 mars 2006 KPMG et Consorts, indiquant notamment qu'une nouvelle réglementation ne doit pas porter une atteinte excessive aux contrats en cours.

En Espagne, on a instauré depuis 1997 l'obligation d'accompagner tout projet de loi ou de règlement d'une analyse sur la nécessité et l'opportunité de la mesure.

Au Canada, le programme canadien de modernisation de l'Etat lancé en 1995 exige que toute décision de principe sur une réforme soit prise en comité interministériel, au regard d'une évaluation administrative et financière.

De même, Ronald Reagan en 1981 et Bill Clinton en 1996 ont lancé, aux Etats-Unis, deux programmes de simplification de la réglementation qui, entre autres mesures, a rendu les études d'impact obligatoires avant toute réforme. En outre, une réévaluation complète du système juridique américain a été initiée suite aux événements du 11 septembre 2001.

Enfin, le Royaume-Unis s'est doté depuis 1997 d'un dispositif d'étude d'impact avant toute proposition de textes, qu'il s'agisse de projets nationaux ou communautaires.

Au-delà de la préservation de l'Etat de droit, l'insécurité juridique affecte considérablement la qualité de l'environnement des affaires, d'où un intérêt soutenu pour cet aspect quoique tardivement.

Si le lien entre la qualité de l'environnement juridique d'un pays en général et le niveau de sécurité juridique en particulier et la capacité de celui-ci à attirer les investissements étrangers et, partant, à assurer les conditions d'un développement économique soutenu est évident, les auteurs demeurent partagés quant aux moyens empiriques d'évaluer la corrélation entre les deux variables.

Soucieuse de disposer d'un outil d'évaluation de l'attractivité et de la compétitivité des pays d'un angle de vue juridique, les analyses purement économiques ayant montré leurs limites, les organismes chargés de la promotion du commerce et des flux d'investissement transnationaux ont essayé de mettre en œuvre des modèles empiriques pour un benchmarkING entre les différents pays. Les outils ainsi développés, préoccupés par le souci de pragmatisme, se sont révélés incapables de cerner de manière exhaustive ce lien complexe entre la qualité de l'environnement normatif d'un pays et sa compétitivité sur le plan économique, ce qui a poussé les centres de recherche à se pencher sur des approches alternatives.

A ce titre, l'indicateur Ease of Doing Business ou la facilité à faire des affaires demeure l'outil le plus médiatisé mais aussi le plus critiqué. Les multiples insuffisances de cet indice a favorisé l'émergence d'une analyse de l'efficacité du droit qui se veut plus exhaustive et profonde.

Il va sans dire que l'évaluation de l'efficacité du droit n'est pas un exercice facile étant donné la complexité des liens qu'entretiennent le droit et l'économie. Pour tenter de saisir l'influence de la qualité du système normatif sur le développement économique, il serait utile de simplifier l'analyse en distinguant deux niveaux d'impact. Le premier concerne l'impact du cadre juridique sur les flux d'investissement directs étrangers (les IDE). Il renseigne sur l'attractivité du pays. Quant au second, il aborde le cadre juridique comme un facteur de compétitivité économique du pays, les frais résultant des procédures et des risques juridiques supportés étant incorporés en tant qu'élément du coût global de production. Cet angle de vue vise à mesurer la compétitivité de l'économie du pays.

Les deux niveaux convergent en un seul point dans la mesure où l'attractivité d'une économie est fonction de sa compétitivité. Mais la question est de définir les critères d'évaluation de l'efficacité du droit qui peuvent donner lieu à une batterie d'indicateurs et de formules chiffrées permettant de mesurer le niveau de qualité de l'environnement juridique et de le corrélérer avec la compétitivité et l'attractivité économique du pays, afin d'assurer d'une part le rating des pays selon le critère du risque juridique et de comparer d'une autre part entre des pays à niveau de développement similaire ou voisin¹¹⁴³.

Cette question fait l'objet d'une réflexion approfondie, notamment au sein du programme de recherches sur l'attractivité économique du droit dans de nombreuses universités. A ce titre, l'analyse de la compétitivité d'un point de vue juridique a prospéré ces dernières années au sein de la théorie économique. Le prix Nobel d'économie (1991) Ronald Coase s'est intéressé, dès 1960, à la façon dont les échanges se formaient. Ses travaux ont montré que, dès qu'il existe des coûts de transaction, les règles de droit ont un rôle décisif à jouer, en ce qu'elles modèlent la forme et le coût des échanges¹¹⁴⁴.

Ainsi, l'analyse économique du droit (Law and economics) s'est imposée comme une branche majeure de la théorie économique. Poursuivant cette démarche, Douglass North (autre prix Nobel d'économie, 1993) développa une analyse portant sur le rôle décisif des

¹¹⁴³ D.Kaufmann, A.Kraay, M.Maistruzzi, Gouvernance Matters IV : Gouvernance Indicators for 1996-2004, The World Bank Institute, Ronéo, May 2005.

¹¹⁴⁴ Voir R.H.Coase, « The Problem of Social Cost » in Journal of Law and Economics, 3,1 : 1-44, April 1960.

institutions, considérées davantage comme système politique que comme système juridique, pour expliquer le développement et la croissance¹¹⁴⁵.

Bien que ces effets puissent être autant favorables que défavorables, les rapports destinés au grand public et aux responsables économiques ne mettent en valeur que les aspects défavorables¹¹⁴⁶. A titre d'exemple, les indicateurs synthétiques du Doing Business abordent le droit, notamment les procédures administratives et contentieux, plutôt comme une gêne et un coût, ce qui est assez réducteur de la réalité.

Ainsi que le remarque Bernard Du Marais, ce clivage théorique nourrit une interrogation à la fois philosophique, mais aussi d'une immense portée en termes de conduite de politiques publiques, en l'occurrence comment identifier le droit qui maximise la croissance¹¹⁴⁷.

Cependant, ces recherches n'ont encore abouti à des modèles fiables et reconnus. Il faut dire que ces derniers revêtent un immense intérêt pratique et véhiculent de nombreux enjeux, d'autant plus qu'ils ne doivent pas se contenter, comme leur aîné le Doing Business, de présenter le droit comme un générateur de surcoûts éventuels, mais plutôt comme un instrument de gestion et de pilotage des politiques publiques, au même titre que les autres instruments utilisés actuellement, en l'occurrence la fiscalité, les dépenses budgétaires, la communication, etc. D'ailleurs l'évaluation de la sécurité juridique s'interfère par moments avec ces autres leviers.

Au niveau de notre pays, et au-delà du débat se rapportant aux mesures pratiques à instaurer, en termes de simplification de certaines procédures administratives, d'encouragement des voies alternatives de règlement des différends ou encore d'accélération du rythme de traitement du contentieux devant les juridictions de commerce, cette discussion nous interpelle au niveau du développement des capacités et des mécanismes d'évaluation de notre corpus normatif.

En effet, ce n'est pas tellement le fond du droit marocain qui pénalise l'attractivité économique du pays, dans la mesure où, sous l'effet de la globalisation juridique, le contenu normatif s'universalise de plus en plus. C'est l'absence de tout mécanisme d'évaluation des

¹¹⁴⁵ Voir D.North, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge University Press, 1990.

¹¹⁴⁶ Ch.A.Morand, *le droit néo-moderne des politiques publiques*, LGDJ, 1999, Collection « droit et société », p. 24 et s.

¹¹⁴⁷ B.Marais, « Réflexions sur la relation entre droit et économie », *op.cit.*, p.271 et s.

règles de droit instituées qui creuse l'écart, en particulier par rapport aux pays de tradition juridique germanique et anglo-saxonne.

A ce titre, une norme défailante peut plus ou moins immédiatement être redressée, cependant encore faut-il disposer d'un référentiel d'évaluation périodique du corpus normatif pour pouvoir détecter les normes à réviser.

Ce constat nous renvoie une fois de plus à l'intérêt, voire la nécessité, de moderniser nos méthodes de production normative pour les inscrire dans le sillage des nouvelles approches d'ingénierie juridique et faire usage de la palette des instruments qu'elle propose à ce propos (l'évaluation ex ante de la réglementation, via les études d'impact notamment, l'évaluation législative ex post, etc.). Pour produire l'effet escompté, ces évaluations gagneraient à être multicritères et leurs résultats doivent être croisés avec ceux issus des évaluations sectorielles des politiques publiques ; pratique, hélas, absente également dans notre gestion publique.

D'après certains auteurs, c'est la publication en 1986 de l'ouvrage intitulé « The Other Path » de Hernando de Soto¹¹⁴⁸ qui a initié la réflexion sur l'influence que le droit exerce sur l'économie et le développement. Sa pensée innovante et originale mêle développements analytiques et démonstrations empiriques très frappantes. Elle propose à la fois une démarche d'analyse et des préceptes susceptibles de permettre le développement économique : « quelques nouvelles idées pour lutter contre la pauvreté ».

Signe de l'influence de ses travaux, les rapports Doing Business de la Société financière internationale SFI¹¹⁴⁹ s'inspirent directement des travaux et de la méthode de Hernando de Soto et des réflexions menées par les économistes de l'Université de Harvard (Harvard Business School)¹¹⁵⁰. Bien plus, la publication annuelle, à partir de l'automne 2003, des rapports DB a donné plus d'aura à la polémique portant sur la capacité du droit à favoriser la croissance économique.

Si ces travaux de la SFI ne sont pas les premiers du genre, ils ont le mérite de lancer la polémique de l'évaluation du droit, de ses effets sur le monde des affaires et plus généralement sur la croissance économique ainsi que la question de la compétition entre les

¹¹⁴⁸ Harper et Row, *The Other Path*, 1989, traduit en français tardivement : *L'autre sentier : La révolution informelle dans le tiers monde*, La Découverte, 1994.

¹¹⁴⁹ Elle relève du Groupe Banque mondiale.

¹¹⁵⁰ Voir les nombreux articles de R.La Porta, F.Lopez-de-Silanes, A.Shleifer et R.W.Vishny, et notamment « Legal Determinants of External Finance », *Journal of Finance*, 52, 1997, p.1131-1155.

systèmes juridiques. L'analyse menée par la SFI à ce titre a particulièrement mis en exergue l'incapacité des régimes juridiques d'inspiration romaine (dont celui marocain) à favoriser la compétitivité économique de leurs pays respectifs. Cependant, ce postulat a été largement critiqué par une certaine doctrine qui a émis des doutes quant à la fiabilité de la méthodologie poursuivie par les rédacteurs des rapports DB et la pertinence de leurs recommandations¹¹⁵¹.

En outre, l'approche adoptée par la SFI a fait des émules et donné naissance à des centres et des équipes de recherche dans les pays de tradition juridique romaine s'intéressant davantage à l'analyse économique du droit et aux mécanismes d'évaluation de son impact économique, selon une optique orientée d'efficacité du droit, notamment exprimée par la capacité du système juridique d'un pays à attirer les investissements étrangers.

Au-delà des critiques se rapportant aux indicateurs de l'efficacité du droit, les auteurs s'accordent sur le fait que le droit exerce une influence sensible sur la croissance, d'où l'intérêt d'un système de mesure de la qualité d'un système juridique, notamment en terme de souplesse et de sécurité, et son impact sur l'environnement des affaires.

Ainsi que nous l'avons développé tout au long du présent chapitre, le développement du droit véhicule une complexité qui sous tend des enjeux multiples dont la mondialisation du droit, l'inflation normative et le polycentrisme du pouvoir normatif ne sont que des symptômes. La non-maîtrise de cette complexité et des causes qui l'alimentent a des impacts indésirables et un coût pour le citoyen, les acteurs économiques et l'Etat lui-même. Il s'agit d'externalités¹¹⁵² qu'il faut canaliser pour réduire au minimum les effets de la complexité de la loi.

En effet, la complexité des réglementations surabondantes suscite pour le citoyen insécurité et inégalités. De même, l'inflation normative génère plusieurs risques, notamment :

- Le risque de perte de crédibilité des acteurs auxquelles appartient le pouvoir normatif ou qui gèrent les textes normatifs ;
- Le risque d'incompréhension : une réglementation fiscale complexe et instabilité peut, par exemple, développer, malgré les dispositions d'allègement, la perception d'une pression fiscale accrue ;

¹¹⁵¹ Voir par exemple, F.Hatem, l'investissement international à l'horizon 2002, Paris, DII-Cnuced-Arthur Andersen, 1998 ; « Les indicateurs comparatifs de compétitivité et d'attractivité : une rapide revue de littérature », Les Notes Bleues de Bercyn n°273, juin 2004, et Investissement international et politique d'attractivité, Paris, Economica, 2004.

¹¹⁵² Pour reprendre un terme cher aux économistes.

- Le risque de dénigrement : les services publics sont mis en cause pour la complexité, les délais insupportables, le cumul et parfois la contradiction des normes ;
- Et le risque de non-respect du droit : « trop de loi tue la loi », le risque de méconnaissance voire de violation délibérée de la réglementation est accru par l'opacité de l'arsenal normatif.

Conclusion du Chapitre II

Comme nous l'avons souligné, en outre, la réglementation a un coût financier certain, quoique difficile à évaluer de manière précise, qui est probablement élevé. Mais il est mal connu dans son détail. L'on estime souvent que toute réglementation implique nécessairement une charge financière pour ceux auxquels elle s'applique et pour le contribuable, du fait du coût nécessaire à son élaboration et à son application.

L'illisibilité du droit et sa judiciarisation croissante développent auprès des citoyens un sentiment d'isolement des individus face à un système de normes ressenti comme illisible et opaque, ce qui les amène à recourir de plus en plus à la justice.

Pour rétablir l'efficacité de la loi, la rénovation du processus normatif s'impose. A ce titre, il est nécessaire, en amont, d'associer les futurs destinataires de la loi à son élaboration en favorisant la concertation et la négociation. En outre, il conviendrait de repenser le contenu de la loi et le mode de son élaboration pour plus de clarté et d'intelligibilité. De même, il y a lieu d'agir en aval pour rendre la norme plus accessible et légitime, améliorer son effectivité, notamment par la réforme de la justice et la réhabilitation du rôle du juge et de l'image de la justice et procéder à des évaluations ex ante et ex post.

Conclusion du Titre II

La rédaction des textes normatifs influence la sécurité juridique d'une manière énorme, la lutte contre la complexité, la parcellisation et l'ineffectivité de ces textes est une urgence pour affronter la concurrence d'autres modèles, notamment anglo-saxons, jugés plus performants. Pour ce faire, il conviendrait d'agir pour contenir l'inflation normative par la déréglementation, le développement de modes de régulation alternatifs et la rationalisation de la production normative étatique (évaluation législative). De même, il conviendrait de neutraliser les effets de la complexité par le renforcement de l'intelligibilité des normes (amélioration de la rédaction des normes, codification), la sécurisation de la situation des citoyens face à la loi (améliorer la diffusion et la vulgarisation du droit).

Toutes ces mesures se convergent vers la même finalité, en l'occurrence répondre à l'impératif de sécurité juridique par la réunion des conditions nécessaires en vue de mettre en place un environnement normatif de qualité. Les expériences étudiées en droit comparé ont combiné diverses approches complémentaires pour améliorer la qualité des textes normatifs¹¹⁵³.

La première approche consiste à recommander un usage de la réglementation à bon escient, c'est-à-dire sans excès. Elle part du postulat qu'une « bonne réglementation » serait une réglementation appropriée, dimensionnée en fonction des politiques et des buts poursuivis. Elle soutient que la norme pourrait entraîner des effets pervers lorsqu'on y recourt alors que des instruments autres que la réglementation apparaissent mieux adaptés. Cette approche sous-entend que l'inflation normative est source de charges pour l'économie, de complexité pour le citoyen et de perte de crédibilité pour les autorités publiques. Mieux réglementer serait donc moins réglementer ou plutôt réglementer de façon plus appropriée. De ce fait, l'approche préconise la recherche d'alternatives à la réglementation, d'une part, et la simplification de la réglementation existante, d'autre part.

La seconde approche part du constat que l'appréciation de la qualité intrinsèque de la réglementation en termes de clarté, de cohérence et de concision ne suffit pas pour aboutir à une réglementation performante. Ce critère doit être combiné avec l'appréciation externe par les usagers voire par les destinataires de la loi. L'effectivité de la norme étant en partie

¹¹⁵³ V. France Ministère de la fonction publique. Groupe de travail interministériel sur la qualité de la réglementation, la qualité de la réglementation, s/d. Mandelkern Dieudonné, Paris, documentation française, 2002.

tributaire de son acceptation, sa qualité se mesurerait à l'une de la manière dont elle est acceptée.

C'est pour toutes ces raisons que l'approche de confection normative se propose de revisiter tout le processus en mettant au service des légistes une gamme d'outils et d'instruments dont l'utilisation permet d'asseoir les conditions nécessaires à une action normative de qualité, et par la suite au respect de la sécurité juridique.

Conclusion de la deuxième partie

Si l'on admet que l'État de droit est la discipline que s'imposent les sociétés qui l'ont choisi d'assurer la stabilité, la publicité et l'invocabilité des règles qu'elles reconnaissent comme s'appliquant aux relations entre les personnes, entre les institutions et entre les personnes et les institutions, on ne pourra manquer d'en déduire que l'objet même de toute entreprise juridique, qu'elle soit législative, administrative ou juridictionnelle, est d'introduire dans la vie sociale une dose aussi forte que possible de sécurité, dispensant les sujets du droit d'appuyer leurs revendications sur le seul usage de la force et les garantissant du sort incertain de leurs armes.

Le principe de sécurité juridique constitue un principe général du droit, tant dans l'ordre juridique de l'Union européenne que dans l'ordre juridique institué par la Convention européenne des droits de l'Homme. Ce principe, éminemment lié à l'État de droit, corollaire des principes de prééminence du droit et de la légalité, renvoie à la qualité de la règle de droit et tend à garantir une effectivité des droits des justiciables. Quant au principe de protection de la confiance légitime, il provient du droit de l'Union européenne et est souvent rattaché au principe de sécurité juridique. Ce principe renvoie à l'attente de la part du justiciable d'une prévisibilité et d'une stabilité des normes émanant des autorités tant européennes qu'étatiques. L'application jurisprudentielle de ces principes en précise les contours, comme en témoignent les arrêts des Hautes juridictions européennes mais également ceux de la Cour de cassation¹¹⁵⁴.

Corollaire du principe de sécurité juridique, le principe de protection de la confiance légitime permet de protéger « les espérances fondées » des justiciables à l'égard de l'administration. En effet, conformément à la jurisprudence de la Cour de justice, tout justiciable peut, d'une part, se prévaloir de ce principe à l'égard de toute institution de l'Union qui a fait naître de telles espérances en son chef et, d'autre part, exiger qu'elle lui fournisse des assurances précises, peu important la forme par laquelle elle les communique.

Même en France, le Conseil constitutionnel ne l'avait prononcé que du « bout de la langue », depuis l'arrêt du Conseil d'État du 20 mars 2006 dans l'affaire « société KPMG ». Au Maroc, si la sécurité juridique ne fait pas textuellement partie du « bloc constitutionnel », la sécurité juridique est de plus en plus regardée comme un élément fondamental de stabilité

¹¹⁵⁴ K. Grabarczyk, Les principes généraux dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2008, p.243.

et de sauvegarde des droits des personnes physiques et morales dans un État de droit. Elle trouve chez nous, au Maroc, nombreuses manifestations dans d'autres principes de valeur constitutionnelle plus spécifiques, notamment l'obligation pour le juge de statuer en fonction du droit au jour de la demande, la non-rétroactivité des normes juridiques¹¹⁵⁵, l'effet de la force obligatoire des contrats conclus entre les parties, l'interprétation restrictive des textes d'incrimination, l'existence des délais de recours et de prescription, les droits fondamentaux à la justice équitable, le droit de défense, la propriété, la liberté d'entreprendre, les garanties légales devant entourer des exigences constitutionnelles, le remplacement des garanties supprimées par la loi par des garanties équivalentes : « règle du cliquet anti retour », etc. et finalement les décisions de justice passées en force de chose jugée.

¹¹⁵⁵ L'article 6 de la Constitution de 2011 stipule que la loi ne peut avoir d'effet rétroactif. Cependant, hormis la loi qui adoucit une sanction pénale avec nécessairement un effet rétroactif, l'intérêt général « suffisant », est une condition de la validité des lois rétroactives.

Conclusion Générale

Le terme de cette aventure scientifique portant sur le principe de sécurité juridique confirme en partie le postulat initial de recherche. Bien qu'étant un principe complexe et ambigu, il n'en reste pas moins un principe « au sens » de qui se caractérise par une pluralité d'intérêts de sécurités juridiques inhérente au droit. Cette transmutation multidimensionnelle témoigne de sa réadaptation aux objectifs du droit, à savoir l'effectivité du droit et des droits.

Le principe de sécurité juridique pouvait être étudié à partir de l'analyse du texte ou du contexte. En effet, étudier le principe de la sécurité juridique à partir de la seule jurisprudence issue de l'arrêt KPMG limite la portée dudit principe aux seules considérations liées au droit transitoire et à la qualité de la législation. En revanche, l'étudier à partir de son contexte, aussi bien interne qu'international et communautaire, ouvre de nouvelles perspectives de recherches. Et c'est cette dernière option que nous avons retenu pour notre travail. Evidemment, notre problématique n'allait pas de soi, nous dirions même qu'elle était minoritaire. Comment imaginer le Conseil d'Etat français consacrer un principe venu d'ailleurs, le prouver, c'était l'objectif que nous nous sommes fixés pour notre travail. Au lendemain de la consécration du principe de sécurité juridique, la principale question que se posait la doctrine était de savoir s'il avait un lien de filiation avec le principe communautaire de protection de la confiance légitime. En effet, la majorité de la doctrine estimait que le droit administratif, de tradition objective, ne pouvait être compatible avec le principe de confiance légitime, principe de portée subjective. Nous avons prouvé, exemples à l'appui, que ni le principe de sécurité juridique, ni celui de la protection de la confiance légitime, n'étaient étrangers au droit administratif. Une fois consacré, le principe de sécurité juridique est-il capable de réaliser les objectifs qui ont dicté une telle consécration ?

Le concept de sécurité juridique est apparu au début du 20e siècle dans le discours juridique européen et s'est implanté par la suite dans plusieurs traditions juridiques dont celle du Maroc. Plus d'un siècle depuis la publication en 1911 de l'ouvrage de l'auteur français René Demogue¹¹⁵⁶, la sécurité juridique a assurément envahi le discours juridique mondial, et plus particulièrement en droit allemand, français, canadien et, de manière générale, en

¹¹⁵⁶ René Demogue, supra note 47.

Europe¹¹⁵⁷. Si les juristes partagent un « intérêt intrinsèque » pour la sécurité juridique, un « clivage » demeure entre les perspectives des juristes¹¹⁵⁸. Notamment, les juristes européens attribuent majoritairement un statut formel de principe à la sécurité juridique contrairement aux juristes canadiens qui invoquent le concept de sécurité juridique sans lui reconnaître le statut de norme juridique.

La sécurité juridique est désormais une composante expresse du discours et du cadre d'examen et d'évolution des ordres juridiques, notamment du droit européen¹¹⁵⁹. La sécurité juridique est une valeur qui transcende le discours juridique européen. Foisonnante¹¹⁶⁰, la sécurité juridique n'est pas un concept univoque et les auteurs qui utilisent cette notion ne réfèrent pas toujours à des représentations convergentes relativement à son sens et à sa fonction. La pertinence de l'étude du concept de sécurité juridique réside notamment dans le fait qu'elle est l'occasion pour les juristes de réfléchir sur le droit et sur la façon dont les institutions interprètent, appliquent et créent le droit. Par exemple, l'étude du concept de sécurité juridique est l'occasion pour plusieurs juristes de réfléchir sur certaines causes de l'insécurité juridique et sur les moyens d'assurer d'avantage d'accessibilité, de prévisibilité et de stabilité des normes juridiques.

Il y a quasi-unanimité dans la communauté juridique européenne et marocaine sur l'inéluctable insécurité juridique. En d'autres mots, l'objectif qui vise à ce que l'Etat soit composé de normes juridiques accessibles, prévisibles et stables demeure une utopie selon la majorité des auteurs et des juges. Ainsi, un paradoxe insurmontable demeure dans le discours juridique : si la sécurité juridique est l'essence et le but du droit l'insécurité juridique est consubstantielle à la pratique du droit.

¹¹⁵⁷ M. Delamarre, *supra* note 4, p. 186 : « Peu de notions reçoivent une attention comparable à celle que recueille aujourd'hui la sécurité juridique ».

¹¹⁵⁸ Anne-Françoise Debruche, Mathieu Devinat et Anne Saris, « Préface - Actes du Xe Congrès de l'Association internationale de méthodologie juridique : Sécurité juridique/Legal certainty », (2008) 110/?. Du N., p. 265 : « Ce congrès bisannuel a permis de réunir plus d'une trentaine de conférenciers autour d'un thème commun, celui de la sécurité juridique (legal certainty), dont la richesse et la variété des interventions reflétaient l'intérêt intrinsèque, mais faisaient aussi apparaître un certain clivage entre les perspectives européennes et canadiennes. »

¹¹⁵⁹ Comp.: Jean-Guy Huglo, *supra* note 8, p. 92 ; Sylvia CALMES, *supra* note 39, p. 296 : « Par suite, des études doctrinales d'interrogent sur les perspectives d'avenir de la sécurité juridique en droit français, ce thème étant devenu une composante expresse du discours et du cadre d'examen et d'évolution de notre droit ».

¹¹⁶⁰ M. Delamarre, *supra* note 4, p. 186 : « Peu de notions reçoivent une attention comparable à celle que recueille aujourd'hui la sécurité juridique ».

Pour conclure, nous croyons que si la sécurité juridique est utilisée par certains comme un « slogan », un instrument « démagogique » qui permet sous le couvert d'un discours neutre la prescription¹¹⁶¹, cet usage ne fait pas exception. En effet, aucun concept juridique n'est exempt de la nécessité d'être interprète selon la précompréhension de l'interprète et aucun concept ne peut contenir en soi un sens fixe et définitif. Toute discussion abstraite et théorique et tout jugement comprend sa part de subjectivité et de rhétorique. Le terrain de la sécurité juridique est en fait celui de la théorie du droit, de la politique, de la philosophie et de la morale. Sur ce terrain, pour plusieurs penseurs, sans la poursuite de l'objectif d'une relative sécurité juridique, sans un minimum de connaissance, d'accès et de prévisibilité assure par l'Etat de droit, le citoyen vit sous la gouverne de la tyrannie et de l'arbitraire. En ce sens, la sécurité juridique parce qu'elle permet d'éviter la contrainte en se conformant aux normes juridiques protège la liberté.

¹¹⁶¹ Invocation de la sécurité juridique dans le discours juridique est souvent typique de ces « procèdes de délégation et d'implication, [de] ces raisonnements qui mettent en avant la Constance des solutions, l'unité des notions ou la cohérence nécessaire de l'ordre juridique [et qui] portent sur le contenu des normes ; ils nous invitent à croire que le raisonnement juridique est démonstratif et que le discours doctrinal n'est que descriptif, alors que l'un et l'autre ont toujours une teneur argumentative et prescriptive » (Michel Boudot, supra note 25, p. 340).

Bibliographie

Ouvrages généraux

A

A.Bossuyt : Les principes généraux du droit en droit administratif et droit public, dans la jurisprudence de la Cour de cassation, in *Au-delà de la Loi, Actualités et évolutions des principes généraux du droit*. Anthemis 2006.

A.Garcia, M. Consuelo, la responsabilidad patrimonial del Estado-legislador, Martial Pons, Madrid 1999.

A. Jeammaud: La règle de droit comme modèle, Recueil Dalloz, 1990.

A. Lalande : Vocabulaire technique et critique de la philosophie, PUF, Paris, 2002, 1ère éd.

A.L.Valemblois : La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français, LGDJ, Paris, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », 2005, t. 22.

A. Masson : Droit communautaire – droit institutionnel et droit matériel. Ed. Larcier 2008.

A. Pellet : Droit international public, LGDJ, Paris, 1987, p. 317.

A. Verdross : Les principes généraux du droit dans la jurisprudence internationale, CARDI, 1935-II, vol. 52.

A.Viala : Dictionnaire des droits de l'homme, PUF, Paris, 2008.

B

B.Barraud : L'échelle de juridicité : un outil pour mesurer le droit et fonder une théorie syncrétique, APD, 2013.

B.Barreaud : La science et la doctrine juridiques c l'épreuve de la polysémie des concepts, RIEJ, 2016, vol. 76.

B.Genevois : Principes généraux du droit, Répertoire de contentieux administratif, Dalloz, 2010.

B. Genevois : « Le Conseil d'État et les principes », in S. CAUDAL (dir.), Les principes en droit, Economica, Paris, coll. « Études juridiques », 2008, n° 30.

B.Majza : Équité et droits fondamentaux. CRDF n°1, 2002.

B.Mathieu : La normativité de la loi : une exigence démocratique, CCC, 2007, n° 21.

B.Mathieu : La sécurité juridique : un principe clandestin mais efficient, in Droit constitutionnel. Mélanges Patrice GÉLARD, LGDJ, Paris, 1999.

B.Vitanyl : la signification de la « généralité » des principes de droit, RGDIP 1976.

B. Bertrand et J. Sirinelli : La proportionnalité. In L'influence du droit européen sur les catégories du droit public, sous la direction de J-B Auby.

C

C. Broyelle : Confiance légitime et responsabilité publique. RDP 2009, n° 2.

C. Thiebierge : La densification normative : découverte d'un processus, Mare & Martin, Paris, 2013.

C.W.Canaris : Die feststellung von Lucken im Gesetz, Berlin, 1964.

D

D.Bailleul : De l'espérance légitime d'obtenir un avantage à l'espérance légale de conserver un droit. AJDA 2010.

D.Chagnollaud, G.Drago : Dictionnaire des droits fondamentaux.

D. Truchet : Droit administratif, Thémis droit PUF, 2011.

D. Truchet : Droit administratif, PUF 4° éd. 2011.

E

E. Prevedourou : Le principe de confiance légitime en droit public français. Athènes, 1998.

F

F. Brunet : La normativité en droit, Mare & Martin, Paris, coll. « Droit public », 2012.

F.Geny : Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif, Paris, 1954.

F. Hubeau : Le principe de protection de la confiance légitime dans la jurisprudence de la CJCE. Cah. Droit européen, 1983.

F. Moderne : Actualité des principes généraux du droit, RFDA, 1998.

F. Moderne : Principes fondamentaux, principes généraux, Actualités des principes généraux du droit, RFDA, 1998, p. 498.

F. Moderne : Les principes : entre permanence et nouveauté, RFDA, 1999.

F. Moderne : Légitimité des principes généraux et théorie du droit, RFDA, 1999.

F. Picod : La normativité du droit communautaire, CCC, 2007, n° 21.

F. Pollaud-Dulian : À propos de la sécurité juridique, RTD Civ., 2001.

F. Sudre avec la collaboration de MILANO (L.), Surrel (H.) : Droit européen et international des droits de l'homme, PUF, Paris, coll. « Droits fondamentaux », 2019, 14ème éd.

F. Terre : Introduction générale du droit, Dalloz, Paris, coll. « Précis », 2006.

F. X. Millet : Réflexions sur la notion de protection équivalente des droits fondamentaux. RFDA 2012.

G

G. Braibant : Le principe de proportionnalité. In le juge et le droit public ; Mélanges offerts à Marcel Waline 1974 Tome II.

G. Cartier : La théorie des attentes légitimes en droit administratif. RDUS 1992, n°23.

G. Cohen-Jonathan : « Le rôle des principes généraux dans l'interprétation et l'application de la Convention européenne des droits de l'homme », in Mélanges en hommage à Louis Edmond PETTITI, Bruylant, Bruxelles, 1998.

G. Cornu : Vocabulaire juridique, PUF, Paris, coll. « Quadrige Dicos poche », 2018, 12ème éd.

G. Gidel : Droits et devoirs des nations, théorie classique des droits fondamentaux des États, 1997.

H

H. Ascensio : « Principes généraux du droit », Répertoire de droit international, Dalloz, 2004, n° 3 et 32.

H. Kelsen : Théorie pure du droit, Dalloz, Paris, 1962.

H. Labayle : Droits fondamentaux et droit européen, AJDA, 1998.

H. Muscat, Le droit français de la responsabilité publique face au droit européen. L'Harmattan 2001.

H. Rabault : « Droit et axiologie : la question de la place des "valeurs" dans le système juridique », Congrès français de droit constitutionnel organisé par l'AFDC à Nancy du 16 au 18 juin 2011, [disponible en ligne : <http://www.droitconstitutionnel.org/congresNancy/comN5/rabaultTD5.pdf>].

J

J. Barthélemy : Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés dans le droit administratif français, Paris 1899.

J. Basdevant : Dictionnaire de la terminologie du droit international, Paris, Sirey, 1960.

J. Chevallier : Présentation, CCC, 2007, n° 21.

J.C.Bonichot : Le droit communautaire et le droit administratif français, AJDA, 1996, no spécial.

J.Cruet : La vie du droit et l'impuissance des lois, 1908.

J. Dabin : Théorie générale du droit, Dalloz, Paris, 1969, 3ème éd.

J.Esser : Vorverstandnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgarantien der richterlichen Entscheidungspraxis, Frankfurt a.M.1970.

J.F.Flauss: Rapport français, in J.Schwarze: Das Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluss, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden- Baden, 1996.

J.F.Flauss : L'influence du droit communautaire sur le droit administratif français, LPA du 9 janvier 1995, n°4.

J.F.Renucci: Droit européen des droits de l'homme, Paris, LGDJ , 2e éd.2002.

J.Ghestin et G.Goubeaux : Droit civil, introduction générale, 4ème éd., 1994, LGDJ, n°95.

J.L.Aubert : Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil, Armand Colin, 9° édition, 2002.

J.L. Bergel : Théorie générale du droit, Dalloz, Paris, coll. « Méthodes du droit », 2012, 5ème éd.

J. Molinier : Principes généraux, Répertoire de droit européen, 2016, pt. 6,

J.M. Maillot : La théorie administrativiste des principes généraux du droit. Dalloz 2003.

J.P. Gridel : La Cour de cassation française et les principes généraux du droit privé, Recueil Dalloz, 2002.

J.P. Jacque : Droit institutionnel de l'Union européenne, Dalloz, Paris, 2016, 8ème éd.

J.Vincent et S.Guinchard : Procédure civile, 26ème éd., Précis Dalloz, coll. Droit privé, n°52 et n° 60.

J. Wroblewski : « Principe du droit », A-J. ARNAUD (dir), Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, LGDJ, Paris, 1993, 2ème éd.

J. Waline : Droit administratif. Précis Dalloz, 23° éd. 2010.

K

K.Engisch : Einführung in das Juristische Denken, Stuttgart, 4° éd.1968. **K.Grabarczyk** : Les principes généraux dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, PUAM, Aix-Marseille, 2008.

K.Larenz : Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin, 2°éd.1964 p.350. C.E. Alchourron et E.Bulygin : Normative System. Wien, 1971.

L

L.Dubouis : A propos de deux principes généraux du droit communautaire, RFDA. 1988.

L. Dubouis : « Le droit à cheval sur les principes généraux » in Drôle(s) de droit(s). Mélanges en l'honneur d'Elie Alfandari, Dalloz, Paris, 2000.

L.Duguit : Traité de droit constitutionnel. Tome I. Troisième éd. Paris 1927.

L. Favoreu : Droit constitutionnel, Dalloz, Paris, 2009.

L. Favoreu : Droit des libertés fondamentales, Dalloz, Paris, 2015, 7ème éd.

L.L.Fur : Précis de droit international public, Dalloz, Paris, 1933, 4ème éd.

M

M.A.Granger : Existe-il un « droit fondamental à la sécurité » ?, RSC, 2009 ; P.J. Pararas : « Le droit à la sécurité », in L'homme dans la société internationale. Mélanges en hommage au professeur Paul TAVERNIER, Bruylant, Bruxelles, 2013.

M.Bouaziz : le droit parlementaire marocain : La procédure législative, étude théorique et pratique, Mohammedia, éd Fdala, 2006.

M.D.Salvia : La place de la notion de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, CCC, 2001, n° 11.

M. Fromont : Le principe de proportionnalité. AJDA 1995.

M. Hauriou : Principes de droit public, Dalloz, Paris, 2010.

M. Hauriou : La gestion administrative, étude théorique de droit administratif. Paris 1899.

M. Porte : La jurisprudence et l'équité. Grenoble 1899.

M.Troper : La philosophie du droit, PUF, Paris, coll. « Que sais-je ? », 2014.

M. Virally : « Le rôle des "principes" dans le développement du droit international », Recueil d'études de droit international en hommage à Paul GUGGENHEIM, Éd. Faculté de droit de l'université de Genève, Genève, 1968.

N

N. Molfessis : Droit fondamental. Un label incontrôlé, JCP G, 2009. L'exigence de sécurité juridique, Recueil Dalloz, 2002.

O

O.J.Guillarmod : « Règles, méthodes et principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article », Economica, Paris, 1998, 2ème éd.

O. Maetz : Les droits fondamentaux des personnes publiques, Publication de l'Institut Universitaire Varenne, LGDJ, Paris, 2011.

O. Pfersmann : « Norme », D. Alland, S. Rials (dir.), Dictionnaire de la culture juridique, PUF, Paris, coll. « Quadrige-Dicos Poche », 2003.

P

P. Brunet : « Les principes généraux du droit et la hiérarchie des normes », in L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper, Economica, Paris, 2006.

P. Bourdon : Le contrat administratif illégal. Dalloz 2014.

P. Cintura : L'usage et la conception de l'équité par le juge administratif. RIDC 1972, n° 3.

P. Daillier, M. Forteau, et A. Pellet, Droit international public, LGDJ, Paris, coll. « Traités », 8ème éd.

P. Fauchille : Traité de droit international public, Rousseau & Cie, Paris, 1922, t. 1.

P. Mouzouraki : Le principe de confiance légitime en droit Allemand, Français et Anglais : Un exemple de convergence des droits administratifs des pays européens ? Bruylant 2011.

P. Morvan : « Principes », in D. Alland, S. Rials, Dictionnaire de la culture juridique, PUF, Paris, coll. « Quadrige-Dicos Poche », 2003.

P.M.Dupuy : « L'unité de l'ordre juridique international. Cours général de droit international public », Académie du droit international de la HAYE, 2000, vol. 297.

P. Rimbault : Recherches sur la sécurité juridique en droit administratif français. LGDJ 2009.

P. Wachsmann : « La volonté de l'interprète », Droits, 1990, n° 28.

P. Wachsmann : « Droits fondamentaux et personnes morales », in J-C. Barbato (dir.), J.D. Mouton (dir.), Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États membres de l'Union européenne ? Réflexions à partir des notions d'identité et de solidarité, Actes du colloque du 21 septembre 2007 et 3 avril 2009, Bruylant, Bruxelles, coll. « Droit de l'Union européenne », 2010.

R

R. Dworkin : Prendre les droits au sérieux. A contrario, voy. la théorie de H-L-A. Hart, Le concept de droit, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2ème éd, 2005.

R. Dworkin : Prendre les droits au sérieux, 01.11.1998.

R.E. Papadopoulou : Principes généraux du droit et droit communautaire. Origines et concrétisation, Bruylant, Bruxelles, 1996.

S

S. Guinchard (dir.), T. Debard (dir.), Lexique des termes juridiques, Dalloz, Paris, 2016, 24ème éd.

V

V.C.Desplats : « L’affirmation des droits fondamentaux : quelles significations ? Quelles conséquences ? », in Les Cahiers français : document d’actualité, La Documentation française, Paris, 2010.

V.C.Desplats : La notion de droit « fondamental » et le droit constitutionnel français, Dalloz, 1995.

Ouvrages spéciaux, Thèses et Monographies

A

A.Beduschi-Ortiz : La notion de loyauté en droit administratif. AJDA 2011.

A.Benabet : Droit civil, la famille, 9ème éd., Litec, n°350.

A.Cristau : l’exigence de sécurité juridique. D, 2002.

A.Fountir : L’action législative au Maroc ; ses origines historiques et ses références constitutionnelles, thèse de doctorat d’Etat en droit, Université Mohammed VI, Rabat, 2001.

A.Godon : Le principe de sécurité juridique en droit pénal, mémoire de D.E.A, 2001, dir. Y.Mayaud, Paris II.

A.Morin, La confiance légitime en droit suisse des contrats. In la confiance légitime et l’estoppel.

B

B. Dalil : Le droit administratif face au principe de la sécurité juridique, thèse de doctorat, présentée et soutenue le 3 Juillet 2015, sous la direction de P.Brunet, Université de Paris-Ouest Nanterre la Défense.

B. Pacteau : La sécurité juridique, un principe qui nous manque ?, AJDA, 1995.

C

C. Blumann, L. Dubouis : Droit institutionnel de l'Union européenne, LexisNexis, Paris, 2017.

C. Blan-Fily : Valeurs dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Essai critique sur l'interprétation axiologique du juge européen, Bruylant, Bruxelles, coll. « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme-Thèses », 2016.

C. Landais et F. Lenica : « La sécurité juridique : la consécration » AJDA 2006.

C. Salviejo : Le principe de sécurité juridique en droit communautaire et européen, thèse dactyl. Université de Montpellier I, 2003.

D

D.Brahim : Le droit administratif face au principe de la sécurité juridique, thèse de doctorat sous la direction du Professeur Pierre BRUNET, présentée et soutenue publiquement le 3 Juillet 2015.

D.Cohen : « Le droit à la sécurité juridique », in L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François TERRE, Dalloz-PUF, Paris, Éd. Du jurisclasseur 1999.

E

E. Ballot : Les insuffisances de la notion de droits fondamentaux, Mare & Martin, Paris, coll. « Bibliothèque des thèses », 2014.

E.Le Roy : Le tripode juridique. Variation anthropologique sur un thème de flexible droit, L'année sociologique, 2007, vol. 57.

E. Prevedourou : Le principe de confiance légitime en droit public français, Institut d'histoire constitutionnelle hellénique et de droit constitutionnel, étude 8, Droit et économie. Athènes, 1998.

F

F.Dekeuwer- Defossez : Droit commercial, 2e éd., 1992, Montchrestien, coll. Domat Droit privé.

F.Pollaud-Dulian : À propos de la sécurité juridique, RTD Civ., 2001.

H

H.Hardy : Le principe de sécurité juridique au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme, thèse de droit Sous la direction de M. Le Professeur Frédéric SUDRE, 19 novembre 2019.

J

J.Boulouis : « Quelques observations à propos de la sécurité juridique, in. Du droit international au droit de l'intégration, Pierre Pescatore, Nomos Verlag, 1987.

J.Foyer : « Réflexions d'un ancien législateur sur le droit des sociétés », in Mélanges Michel Cabrillac, Dalloz-Litec, 1999.

J.G.Huglo : « La cour de cassation et le principe de sécurité juridique », in. Cahiers du Conseil constitutionnel n° 11, éditions Dalloz, 2001.

L

L. Audouy : Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme, thèse dactyl., Université de Montpellier, 2015.

L.Marguery : La loyauté des relations contractuelles en droit administratif : d'un principe procédural à un principe substantiel. RFDA 2012.

L.Weiller : Principes directeurs du procès, Répertoire de procédure civile, Dalloz, 2015.

M

M.Bandrac : L'action en justice, droit fondamental, Mélanges en l'honneur de R.Perrot, Dalloz, 1996.

M.D.Bechillon : La notion de principe général en droit privé, PUAM, Aix-Marseille, 1998.

M.Hammoumi : l'ingénierie juridique : une réponse aux défis de la complexité de la loi et aux exigences de l'amélioration de la qualité de l'environnement normatif, thèse de doctorat 2010, université Mohammed V Agdal Rabat.

M. Moustakas : La confiance de l'administré et son influence sur le régime juridique des actes administratifs unilatéraux, thèse, Paris II, 1993.

N

N. Foulquier : Les droits publics subjectifs des administrés, Emergence d'un concept en droit administratif français du XIX^e au XX^e siècle. Nouvelle Bibliothèque des Thèses. Dalloz 2003.

N.J. Mazen : L'insécurité inhérente au système juridique, thèse Dijon, 1979.

N. Maccormik : Raisonement juridique et théorie du droit, PUF, Paris, coll. « Voies du droit », 1996.

P

P. Mengozzi : Les principes fondamentaux du droit communautaire et les droits des États membres, RDUE, 2002/3.

P.M. Dupuy : Droit international public, Dalloz, Paris, coll. « Précis », 13^{ème} éd.

P. Morvan : Le principe en droit privé, Éd. Panthéon-Assas, coll. « Droit privé », Paris, 1999.

P. Morvan : Les visages de principes dans la jurisprudence de la Cour de cassation : inventaire d'un droit « hors la loi », LPA, 2005, n° 113.

P. Raimbault : La sécurité juridique, nouvelle ressource argumentative, Revue du notariat, 2008, n° 2.

P. Raimbault : Recherche sur la sécurité juridique en droit administratif français, LGDJ, Paris, coll. « Thèses », 2009.

P. Roubier : Théorie générale du droit. Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales, Dalloz, Paris, 2005, 2^{ème} éd.

R

R. Kolb : La sécurité juridique en droit international : aspects théoriques, African Yearbook of international law, 2002.

T

T. Piazzon : La sécurité juridique. Thèse de Doctorat, Université Paris 2 Panthéon-Assas, 2009.

W

W.Sauer : La sécurité juridique et justice, Recueil d'études LAMBERT, Introduction à l'étude du droit comparé, Paris, Sirey, 1938.

Colloques, Journées d'études, Ateliers, Rapports

B

B.Fauvarque-Cosson : La confiance légitime et l'estoppel. Rapport de synthèse. In Electronic Journal of Comparative Law, vol. 11.3. Décembre 2007.

B.Plessix : Droits publics subjectifs des administrés et doctrine de la III^e République. In Les droits publics subjectifs des administrés. Acte de colloques organisé par l'AFDA les 10 et 11 juin 2010.

D

D.Kaufmann, A.Kraay, M.Mastruzzi : Gouvernance Matters IV : Gouvernance Indicators for 1996-2004, The World Bank Institute, Ronéo, May 2005.

F

F.J. Amoros Dorda : Seguridad Jurídica, in seminario SOCINFO, Madrid 9 mai 2012.

F.E.Bacha : L'économiste, édition du 2 mai 2003.

Intervention de Mr Farid El Bacha lors du séminaire « La sécurité juridique : facteur concurrentiel pour les investissements au Maroc? », organisé le 30 avril 2003 à Casablanca par la chambre allemande de commerce et d'industrie au Maroc et la fondation Konrad Adenauer.

J

J.C.Barbato : Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États membres de l'Union européenne ? Réflexions à partir des notions d'identité et de solidarité, Actes du colloque du 21 septembre 2007 et 3 avril 2009, Bruylant, Bruxelles, coll. « Droit de l'Union européenne », 2010.

J.L.Bergel : « Le temps et le droit », conférence inaugurale de Montréal 1995, éd.Y.Blais Inc., 1996.

J. Meunier : « Les principes non écrits dans la jurisprudence constitutionnelle et administrative, éléments de cartographie », in Du droit interne au droit international : le facteur religieux et l'exigence des droits de l'homme. Mélanges Raymond GOY, Publications de l'Université de Rouen, Rouen, 1998.

J. Molinier : Les principes fondateurs de l'Union Européenne, PUF, Paris, coll. « Droit & Justice », 2005.

J.M. Sauve : « Allocution d'ouverture », in B. Fauvarque-Cosson (dir.) et **J.L. Dewost** : L'entreprise et la sécurité juridique, Actes du colloque du 21 novembre 2014, Société de législation comparée, Paris, coll. « Colloques », 2015, vol. 25.

L

L. François : « La fiabilité du droit, dite sécurité juridique », in La Sécurité juridique, Actes du colloque organisé par la conférence du jeune barreau de Liège, 14 mai 1993, éd. du jeune barreau de Liège, 1993.

M

M. Afroukh : L'émergence d'un droit à la sécurité des personnes dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme ?, RDP, 2015, n° 1 ; P. Jourdain : « Existe-il un droit subjectif à la sécurité ? » in N. NICOD, Qu'en est-il de la sécurité des personnes et des biens ?, Actes du colloque des 19 et 20 octobre 2006, Presses universitaires des sciences sociales de Toulouse, 2008, n° 7.

M. Boumghar : Une approche de la notion de principe dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme, Pedone, Paris, coll. « Publications de la fondation Marangopoulos pour les droits de l'homme », 2010.

M.D.Marty : Pour un droit commun, Éd. du Seuil, Paris, 1994.

M.J.Louglin : « Le législateur : les conditions temporelles d'élaboration des politiques et des textes législatifs, un mouvement sur quatre temps », in le temps et le droit : actes du IVème Congrès de l'AIMJ, Montréal 1993.

M.Rousset : Politique administrative et développement au Maroc 1956-2004, Communication présentée au séminaire organisé par l'Union International des Avocats, l'Association des Barreaux du Maroc et le Bureau de Marrakech à Marrakech les 7 et 8 mai 2004.

M.Zander : The law-making process, 6th edition, Cambridge University Press, 2004.

P

P. Pescatore : « Les principes généraux du droit en tant que source du droit communautaire - Rapport communautaire », 12ème congrès de la FIDE, 1986.

T

Transparency Maroc : « La corruption au Maroc : Synthèse des résultats des enquêtes d'intégrité », Série « Publications de l'université de la transparence », 2002.

Articles et Contributions a des Ouvrages Collectifs

A

A.Lalande : Vocabulaire technique et critique de la philosophie, Presses Universitaires de France – PUF, 1. Janvier 1997.

A.M.Dupin : Manuel des avocats et des étudiants en Droit, De la jurisprudence des arrêts à l'usage de ceux qui la font et de ceux qui la citent. Bruxelles 1823.

B

B. Brunessen : Retour sur un classique. Quelques remarques sur la catégorie des principes généraux du droit de l'Union européenne, RFDA, 2013.

B. Genevois : Principes généraux du droit, Répertoire de contentieux administratifs, 2010, pts.

B.Mathieu : « Réflexions en guise de conclusion sur le principe de sécurité juridique », CCC n° 11, décembre 2001.

B.Maurer : Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme, Documentation française, Paris, 1999.

B.Mathieu : liberté contractuelle et sécurités juridique : les oracles ambiguës des sages de la rue de Montpensier. (A propos de la décision 96-385 DC du conseil constitutionnel du 30 Décembre 1996), LPA DU 7 mars 1997, n°29.

C

C. Atias : Quelle positivité ? Quelle notion de droit ?, APD 1982, N°27.

C. Atias : Les paradoxes de l'office du juge et de la sécurité juridique, Recueil Dalloz, 2003.

C. Atias : Épistémologie juridique, PUF, Paris, coll. « Droit fondamental », 1985.

Ch. A. Morand : Le droit néo-moderne des politiques publiques, LGDJ, 1999, Collection « droit et société.

C. Perelman : Logique juridique. Nouvelles rhétoriques, Dalloz, Paris 2006.

C. Perelman : Le problème des lacunes en droit, Bruylant, Bruxelles, 1968.

C. Thibierge : La force normative : naissance d'un concept, LGDJ, Paris, 2009.

D

D. Carreau : Droit international, Pedone, Paris, coll. « Études internationales », 2010, 10ème éd.

D. D. Ebechillon : Qu'est-ce qu'une règle de droit ?, Éd. Odile Jacob, Paris, 1997.

D. North : Institutions, Institutional Change and Economic Performance, Cambridge University Press, 1990.

D. Simon : La confiance légitime en droit communautaire : vers un principe général de limitation de la volonté de l'auteur de l'acte, Etudes à la mémoire du Professeur Alfred Rieg, Bruxelles Bruylant, 2000.

D. Simon : Le système juridique communautaire, PUF, Paris, coll. « Droit fondamental », 2001, 3ème éd.

D. Simon : Y-a-t-il des principes généraux en droit communautaires ?, Droits, 1991, n° 14.

D. Truchet : Les principes du droit public, PUF, Paris, coll. « Que sais-je ? », 2018, 4ème éd.

E

E. Bernard : La spécificité du standard juridique en droit communautaire. Bruylant 2009.

E. Carpano : Etat de droit et droits européens. Edition L'Harmattan 2005.

E. Decaux : Déclarations et Conventions en droit international, CCC, 2007, n° 21.

E. Maulin : « L'invention des principes », in S. CAUDAL (dir.), Les principes en droit, Dalloz 1992.

E. Millard : « Qu'est-ce qu'une norme juridique ? », CCC, La normativité, 2007, n° 21 ; A. Jeammaud : La règle de droit comme modèle, Recueil Dalloz, 1990.

E. Millard : « Qu'est-ce qu'une norme juridique ? », CCC, 2007, n° 21.

E. Lafferiere : Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, Éd. Berger-Levrault & Cie, Paris, 1887, emprunté à B. Genevois, Principes généraux du droit, Répertoire de contentieux administratif, Dalloz, 2010.

E. Picard : L'émergence des droits fondamentaux en France, AJDA, 1998, n° spécial.

E

F.A.Hayek : Droit, législation et liberté, Vol. I, Règles et ordre, trad. R.Audouin, PUF, 2^{ème} éd., 1985.

F. Brunet : La normativité en droit, Mare & Martin, Paris, coll. « Droit public », 2012.

F.Melleray : « L'exorbitance du droit administratif en question », *AJDA* 2003.

F. Moderne : Légitimité des principes généraux et théorie du droit, RFDA, 1999, n° 4.

F. Ost, M. Van De Kerkove : Le système juridique entre ordre et désordre, PUF, Paris, coll. « Les voies du droit », 1988.

F. Ost et M. Van De Kerkove : « Les colonnes d'Hermès : à propos des directives d'interprétation en droit », in P. AMSELEK (dir.), Interprétation et droit, Bruxelles, Bruylant, 1995.

F. Sudre : « Existe-t-il un ordre public européen ? », in P. TAVERNIER (dir.), Quelle Europe pour les droits de l'homme ?, La Cour de Strasbourg et la réalisation d'une Union plus étroite (35 années de jurisprudence : 1959-1994), Bruylant, Bruxelles, 1996.

G

G. Protiere : Les principes généraux dans la jurisprudence internationale : éléments d'une différenciation fonctionnelle, RDP, 2008.

G. Ripert : Les forces créatrices du droit, LGDJ, Paris, 1955.

G. Scelle : Manuel de droit international public, Domat-Monchrestien, Paris, 1948.

G. Tusseau : “Métathéorie de la notion de principe dans la théorie du droit contemporaine.”
In Les principes en droit, edited by Sylvie CAUDAL, 75–112. Paris: Editions Economica, 2008.

J

J. Boulanger : « Principes généraux et droit positif », in Le droit privé au milieu du XXème siècle. Études offertes à Georges RIPERT, LGDJ, Paris, 1950, n° 5, t. 1.

J. Carbonnier : Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur, 10^{ème} édition, Edition LGDJ, 2007, hors collection.

J.P. Costa : « La Cour européenne des droits de l’homme et les principes », in S. Caudal (dir), Les principes du droit, librairie LGDJ Paris, 09/2008.

J. Schwarze : Droit administratif européen, 2° éd. Bruylant 2009.

L

L. Tartour : Le principe de protection de la confiance légitime en droit public français. RDP 2013, n° 2.

M

M.A. Benabdallah : « Le conseil constitutionnel et le principe de non-rétroactivité des lois », in REMALD, 2002, n° 43.

M.A. Benabdallah : Propos sur l’évolution récente de l’Etat de droit au Maroc, in. REMALD, n°31, 2000.

M. Heers : La sécurité juridique en droit français : vers une consécration du principe de confiance légitime ?, RFDA 1995; C. Lepage : Le principe de sécurité juridique est-il devenu un principe de valeur constitutionnelle ? GAZ Pal, 1999, n° 178-180.

M. Verpeaux : Contrôle de constitutionnalité des actes administratifs (Normes de références), Répertoire de contentieux administratif, Dalloz.

N

N. Molfessis : La portée des revirements de jurisprudence, RTD Civ., 1998, n° 1.

O

O.D.Frouville : Une conception démocratique du droit international, Revue européenne de sciences sociales, 2001, n° 120.

O. Lecucq : « Existe-t-il un droit fondamental au séjour des étrangers ? », in Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu, Dalloz, Paris, 2007.

P

P. Deumier et T. Revet : « Sources du droit (Problématique générale) », in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), Dictionnaire de la culture juridique, PUF, Paris, coll. « Quadrige-Dicos Poche », 2003.

P. Gerard : Aspects de la problématique actuelle des principes généraux du droit, Déviance et société, 1988, vol. 12.

P.Gerard : droit, égalité et idéologie, contribution à l'étude critique des principes généraux du droit, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1981.

P. Jestaz : Sources délicieuses, Remarques en cascades sur les sources du droit, RTD Civ., 1993.

P.Jestaz : Les sources du droit : le déplacement d'un pôle à l'autre, RTD Civ., 1996.

P. Marchal : Répertoire pratique du droit belge, Principes généraux du droit. Bruylant 2014.

P.M. Dupuy : Droit international public, Dalloz, Paris, coll. « Précis », 13ème éd.

P. Raimbault : La sécurité juridique, nouvelle ressource argumentative, Revue du notariat, volume 110, numéro 2, Septembre 2008.

P. Vellas, Droit international public, LGDJ, Paris, 1967.

P. Vincent : Le faible impact du principe de confiance légitime en droit administratif français. RFDA 2000.

P. Weil : « Vers une normativité relative en droit international », in *Écrits de droit international. Théorie générale du droit international, droit des espaces, droit des investissements privés internationaux*, PUF, Paris, 2000.

R

R. Bousta : *Essai sur la notion de bonne administration en droit public*. L'harmattan 2010.

R. Bonnard : *Le contrôle juridictionnel de l'administration*. Réédition Dalloz 2006.

R. Chapus : *De la valeur juridique des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles en droit administratif*, Dalloz, 1966.

R.Dworkin : *Talking rights seriously*, Londres, Duckworth, 1977, (trad. En français : *prendre les droits au sérieux*, PUF, 1995), du même auteur : *Law's Empire*, Harvard UP 1986 (trad. En français : *l'empire du droit*, PUF, 1993).

R. Guastini : « Les principes de droit en tant que source de perplexité », in S. Caudal (dir), *Les principes en droit*, Economica, Paris, coll. « Études juridiques », 2008, n° 30.

R.H.Coase : « The Problem of Social Cost » in *Journal of Law and Economics*, 3,1, April 1960.

R.Odiere : *les principes généraux du droit français*, RID Comp. N° spécial, 1980 vol.2.

S

S. Altindag : *La concurrence fiscale dommageable – la coopération des Etats membres et des autorités communautaires*. L'Harmattan, 2009.

S. Brondel : *L'espérance légitime née d'un dispositif fiscal peut être un bien au sens de la Conv. EDH*. AJDA 2012.

S.Rudeaux : *Revue de droit fiscal*, n° 15-16, 9 avril 2020.

S. Rials, F. Sudre (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'homme*, PUF, Paris, 2008, 1ère éd.

V

V. C.Desplats : *N'est pas normatif qui peut*. L'exigence de normativité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, CCC, 2007, n° 21.

V.C.Desplats : La théorie générale de l'État est aussi une théorie des droits libertés fondamentales, Jus politicum, n° 8, 2012 [disponible en ligne : <http://juspolicum.com/uploads/pdf/JP8- Champeil-Desplats-1.pdf>].

V.C.Desplats : Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République : Principes constitutionnels et justification dans les discours juridiques, PUAM, Economica, Paris, 2001.

V.C.Desplats : Production et sens des principes : relecture analytique, Diritto & Questioni Pubbliche, 2011, n° 11.

V.F. Ewald : « Une expérience foucaldienne : les principes généraux du droit », Critique, 1986.

V. L.Kiesow : Le renouvellement des sources du droit, Recueil Dalloz, 2006.

X

X.Souvignet : La prééminence du droit dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme, Bruylant, Bruxelles, 2012.

Y

Y. Galmot : L'Apport des principes généraux du droit communautaire à la garantie des droits dans l'ordre juridique français, CDE 1997, n99-2.

Table des matières

Introduction générale.....	2
Partie I : La mutation du principe de sécurité juridique	15
Titre I : La complexité conceptuelle du principe de sécurité juridique	17
Chapitre 1 : la sécurité juridique : Notion en débat	18
Section 1 : le triptyque classique de la notion : Accessibilité, Stabilité, Prévisibilité	18
Sous-section 1 : les trois impératifs classiques : Définition	18
A- L’accessibilité du droit	18
B- La stabilité du droit	22
C- La prévisibilité du droit.....	25
Sous-section 2 : Sécurité juridique en droit comparé	28
A- La sécurité juridique en droit allemand	29
B- La sécurité juridique en droit canadien	32
C- La sécurité juridique en droit américain	39
Section 2 : la rétroactivité de la règle de droit.....	46
Sous-section 1 : les lois interprétatives.....	47
A- Une rétroactivité illégale.....	47
B- L’inefficacité du contrôle.....	48
Sous-section 2 : les lois de validation.....	50
Conclusion du chapitre I.....	54
Chapitre II : La désignation ambiguë du principe de sécurité juridique	56
Section 1 : Une nature principielle incertaine	58
Sous –section 1 : Les ambiguïtés extrinsèques provenant de la notion de «principe» ...	59
A- Les incompatibilités conceptuelles du « principe » de sécurité juridique	59
B- Les compatibilités conceptuelles du « principe » de sécurité juridique.....	73
Sous-section 2 : Les ambiguïtés intrinsèques provenant du « principe » conventionnel de sécurité juridique	77
A- Essai d’une typologie générale des critères d’identification d’un « principe »	79
Paragraphe 1 : Les apports insuffisants des approches classiques	80
Paragraphe 2 : Les apports complémentaires des approches fonctionnelles.....	86
B- l’acceptation mesurée du critère principal de la sécurité juridique.....	88
Paragraphe 1- Une qualification globalement pertinente	88

Paragraphe 2 : Une pertinence entachée par une normativité à géométrie variable	89
Section 2 : Un principe général Sui Generis	94
Sous- section 1 : un choix justifié par la singularité d'un principe pluri catégoriel ..	95
A- La qualification satisfaisante d'un « principe fondamental » de sécurité juridique	95
Paragraphe 1 : Une classification conforme.....	96
Paragraphe 2 : Une classification limitante.....	98
B- La qualification opportune d'un « principe général » de sécurité juridique	99
Paragraphe 1 : Une classification inadéquate en principe général du droit.....	101
Paragraphe 2 : Une classification adéquate en principe général	105
Sous- section 2 : Un choix entériné par la singularité d'un principe pluri fonctionnel.	109
A- L'alternance atypique des fonctions fondamentales	109
Paragraphe 1 : Un principe essentiellement interprétatif	109
Paragraphe 2 : Un principe incidemment normatif	111
B- L'alternance complémentaire des fonctionnalités techniques	113
Paragraphe 1 : Un principe directeur dans sa dimension objective.....	113
Paragraphe 2 : Un principe correcteur dans sa dimension subjective	115
Conclusion du Chapitre II.....	117
Conclusion du titre I	119
Titre II : la question de l'existence du principe de sécurité juridique	120
Chapitre I : L'inexistence du principe de sécurité juridique en droit positif européen	121
Section 1 : L'exclusion partielle du principe de sécurité juridique en droit européen conventionnel.....	122
Paragraphe 1 : Les motifs d'exclusion du principe de sécurité juridique.....	123
Paragraphe 2: Le domaine circonscrit du principe de sécurité juridique.....	127
Section 2 : L'exclusion totale du principe de sécurité juridique en droit français interne	129
Paragraphe 1 : L'abstention du conseil constitutionnel.....	129
A- le silence comme obstacle à toute consécration.....	131
B- Un mutisme justifié par des craintes légitimes	134
B-1 : Une source de confusion	134
B-2 : Un facteur de risque	137
Paragraphe 2 : L'intransigeance du Conseil d'Etat français.....	139
A- La sécurité juridique assurée par le respect scrupuleux des principes existants ..	140
A-1 : Les illustrations du respect de la sécurité juridique	140

A-2 : Les justifications du rejet du principe de sécurité juridique	142
B- La sécurité juridique préservée de l'influence dévoyée du droit communautaire	144
B-1 : La précision des limites matérielles du droit communautaire.....	144
B-1-1 : Une garantie de l'autonomie du droit interne	145
B-1-2 : Un rempart contre le dépassement des limites matérielles	146
B-2 : La perméabilité des limites conceptuelles du droit communautaire	148
B-2-1 : L'existence d'une évolution commune	148
B-2-2- La coexistence de principes communs.....	150
Conclusion du Chapitre I.....	152
Chapitre II : l'existence impossible du principe de sécurité juridique en théorie.....	153
Section 1 : La défaillance du critère matériel : preuve d'une dénomination usurpée .	156
Paragraphe 1 : Les fondements plethoriques attribués au principe de sécurité juridique.....	158
A- La rareté des fondements du principe de sécurité juridique en droit privé.....	159
1- Un principe étranger au droit purement privé.....	159
1-1- La sécurité juridique s'applique aux rapports horizontaux et verticaux	160
1-2- Le principe de sécurité juridique se limite aux rapports verticaux	161
2- Un principe applicable au contentieux de droit privé	162
2-1-La résurgence du principe de sécurité juridique dans le contentieux de droit privé	162
2-2- La concurrence des règles propres au contentieux de droit privé.....	164
B- La diversité des fondements du principe de sécurité juridique dans les matières mixtes.....	165
1-Les fondements concurrents en droit processuel	165
1.1- Le droit d'agir en justice	166
1-2- Le droit à un procès d'une durée raisonnable	168
2- Les fondements concurrents en droit pénal	170
2-1- Le principe de légalité criminelle et ses corollaires.....	170
2-2- L'hypothèse de l'absorption des règles de droit par le principe de sécurité juridique	172
Paragraphe 2 : La mobilité incertaine du principe de sécurité juridique	174
A-Une mobilité fictive	175
B - Une mobilité excessive en droit communautaire	177
Section 2 : La défaillance du critère substantiel : preuve d'une normativité incertaine ...	178
Paragraphe 1 : La généralité du principe de sécurité juridique	179

A- La contestation de la généralité comme critère d'un principe	180
B- La contestation de la normativité par une généralité excessive	184
Paragraphe 2 : La subsidiarité du principe de sécurité juridique.....	187
A- La problématique des lacunes du Droit	187
B- L'absence de fonction subsidiaire des principes.....	189
Conclusion du chapitre II.....	192
Conclusion du Titre II	193
Conclusion de la première partie	194
Partie II : La consécration du principe de sécurité juridique en droit marocain, piste du droit communautaire	195
Titre I : Le principe de sécurité juridique, une naturalisation de la confiance légitime	196
Chapitre I : Le principe de sécurité juridique ; stade ultime d'intégration de la confiance légitime en droit européen	197
Section 1 : Le principe de la protection de la confiance légitime	198
Sous -section 1 : Le régime juridique du principe de la protection de la confiance légitime	198
Paragraphe 1 : Les conditions d'une confiance légitime méritant protection.....	198
A- Le préalable comme référence ; les comportements des organes source de confiance	199
B- La situation de confiance dans le maintien du comportement préalable.....	200
C - La légitimité de la confiance	202
Paragraphe 2 : Le règlement juridictionnel de la protection de la confiance légitime	204
A – Les modes de protections de la confiance légitime	204
B – La priorité des intérêts publics.....	205
Sous-section 2 : Le principe de la confiance légitime en droit comparé	206
Paragraphe 1 : Le principe de confiance légitime dans le droit administratif des Etats européens	207
A- Le principe de la confiance légitime dans le groupe Allemand (Allemand, Suisse, Pologne).....	207
1- Le droit allemand	207
2 - Les droits des pays du groupe allemand.....	210
B – Le groupe anglais (La Grande-Bretagne, Irlande, Danemark)	212
1 - La Grande-Bretagne	212
2- La confiance légitime dans les droits des autres Etats du groupe anglais	214

C– Le groupe français	216
1– Le droit Espagnol.....	216
2- Le droit belge	217
Paragraphe 2: L’application de la protection de la confiance légitime par le juge communautaire.....	219
Section 2 : La résistance à l’infiltration du droit français par le principe de confiance légitime	227
Sous-section 1 : Le scepticisme de la doctrine française à l’égard de la confiance légitime.....	227
Sous-section 2 : La fragilité de la critique	230
Paragraphe 1 : une origine étrangère et incompatibilité contestable	230
A – La confiance légitime est-elle étrangère au Conseil d’Etat français?.....	230
B– une incompatibilité, la dimension subjective du principe de confiance légitime	232
Paragraphe 2 : Le véritable poids du principe de protection de la confiance légitime	234
Conclusion du Chapitre I	236
Chapitre II : La sécurité juridique, une source de subjectivisation du droit	237
Section 1 : L’objectivité du droit administratif français, un postulat mis à mal par le principe de sécurité juridique.....	237
Sous-section 1 : Sécurité juridique et confiance légitime, une équivalence des protections	237
Paragraphe 1 : Le rapport entre sécurité juridique et confiance légitime	237
Paragraphe 2 : La confiance légitime et la sécurité juridique, une équivalence des protections	242
Sous-section 2 : La fin de la dominance du courant objectiviste	247
Paragraphe 1 : Les conceptions des pères fondateurs du droit administratif	248
Paragraphe 2 : La sécurité juridique, un élément du renouveau subjectiviste	253
Section 2 : Les sous-principes de la sécurité juridique	256
Sous-section 1 : La subjectivisation de l’action administrative	257
Paragraphe 1 : Le principe de proportionnalité.....	257
Paragraphe 2 : Le principe de la loyauté.....	262
Sous-section 2 : L’exigence de bonne foi avant le droit à la sécurité juridique	265
Conclusion du chapitre II.....	268
Conclusion du titre I.....	269
Titre II : Le concept de sécurité juridique dans le discours juridique marocain	271

