



HAL
open science

L'inapplication du droit

Romain Le Boeuf, Olivier Le Bot

► **To cite this version:**

| Romain Le Boeuf, Olivier Le Bot. L'inapplication du droit. 2020, 979-10-97578-11-4. hal-03737289

HAL Id: hal-03737289

<https://hal.science/hal-03737289>

Submitted on 26 Oct 2022

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

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



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - NoDerivatives 4.0
International License

L'inapplication du droit

sous la direction de
Romain Le Boeuf et Olivier Le Bot

12





collection d'ouvrages numériques



Dans la même collection

MALJEAN-DUBOIS Sandrine (dir.), *Circulations de normes et réseaux d'acteurs dans la gouvernance internationale de l'environnement*, Confluence des droits [en ligne]. Aix-en-Provence : Droits International, Comparé et Européen, 2017.
ISBN : 979-10-97578-00-8

FATIN-ROUGE STEFANINI Marthe, SEVERINO Caterina (dir.), *Le contrôle de constitutionnalité des décisions de justice : Une nouvelle étape après la QPC ?*, Confluence des droits [en ligne]. Aix-en-Provence : Droits International, Comparé et Européen, 2017.
ISBN : 979-10-97578-01-5

RUBIO Nathalie (dir.), *La fabrication du droit de l'Union européenne dans le contexte du « Mieux légiférer »*, Confluence des droits [en ligne]. Aix-en-Provence : Droits International, Comparé et Européen, 2017
ISBN : 979-10-97578-02-2

TABAU Anne-Sophie (dir.), *Quel droit pour l'adaptation des territoires aux changements climatiques ? L'expérience de l'île de La Réunion*, Confluence des droits [en ligne]. Aix-en-Provence : Droits International, Comparé et Européen, 2018.
ISBN : 979-10-97578-03-9

BARDIN Michaël, FATIN-ROUGE STEFANINI Marthe, JENSEL-MONGE Priscilla, SEVERINO Caterina (dir.), *La démocratie connectée : ambitions, enjeux, réalité*, Confluence des droits [en ligne]. Aix-en-Provence : Droits International, Comparé et Européen, 2018.
ISBN : 979-10-97578-04-6

BIDOUZO Thierry Sèdjro, *Les Organisations internationales et la résolution des conflits post-bipolaires en Afrique*, Confluence des droits [en ligne]. Aix-en-Provence : Droits International, Comparé et Européen, 2019.
ISBN : 979-10-97578-05-3

GESLIN Albane, TOURME JOUANNET Emmanuelle (dir.), *Le droit international de la reconnaissance, un instrument de décolonisation et de refondation du droit international ?*, Confluence des droits [en ligne]. Aix-en-Provence : Droits International, Comparé et Européen, 2019.
ISBN : 979-10-97578-07-7

DARGENT Fleur, *La consultation en droit public interne*, Confluence des droits [en ligne]. Aix-en-Provence : Droits International, Comparé et Européen, 2020.
ISBN : 979-10-97578-06-0

HAUTEREAU-BOUTONNET Mathilde, TRUILHÉ Ève (dir.), *Procès et environnement. Quelles actions en justice pour l'environnement ?*, Confluence des droits [en ligne]. Aix-en-Provence : Droits International, Comparé et Européen, 2020.
ISBN : 979-10-97578-08-4

COURNIL Christel (dir.), *Les grandes affaires climatiques*, Confluence des droits [en ligne]. Aix-en-Provence : Droits International, Comparé et Européen, 2020.
ISBN : 979-10-97578-09-1

MEHDI Rostane, *L'agenciarisation de la politique d'immigration et d'asile*, Confluence des droits [en ligne]. Aix-en-Provence : Droits International, Comparé et Européen, 2020.
ISBN : 979-10-97578-10-7

<http://dice.univ-amu.fr/fr/dice/dice/publications/confluence-droits>

ISBN : 979-10-97578-11-4
ISSN : 2556-1162

UMR Droits International, Comparé et Européen (DICE)

Espace René Cassin
3, avenue Robert Schuman
13628 Aix-en-Provence

dice-editions@univ-amu.fr

Références électroniques :

LE BOT Olivier, LE BŒUF Romain, *L'inapplication du droit*, Confluence des droits [en ligne]. Aix-en-Provence : Droits International, Comparé et Européen, 2020.
Disponible sur Internet : <http://dice.univ-amu.fr/fr/dice/dice/publications/confluence-droits>
ISBN : 979-10-97578-11-4

L'INAPPLICATION DU DROIT

sous la direction de
Romain LE BŒUF
Olivier LE BOT

SOMMAIRE

Préface	9
Marthe FATIN ROUGE-STEFANINI, Directrice de recherche au CNRS, Directrice de l'UMR DICE, Aix Marseille Univ., Université de Toulon, Univ. Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, ILF-GERJC, Aix-en-Provence, France.	
Sandrine MALJEAN-DUBOIS, Directrice de recherche au CNRS, Aix-Marseille Université, Université de Toulon, Université de Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, CERIC, Aix-en-Provence, France.	
Introduction	11
Romain LE BŒUF, Professeur de droit public, Aix-Marseille Université, Université de Toulon, Université de Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, CERIC, Aix-en-Provence, France.	
Olivier LE BOT, Professeur de droit public, Aix-Marseille Université, Université de Toulon, Université de Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, ILF-GERJC, Aix-en-Provence, France.	
 Partie I. L'inapplication des normes primaires	
 Chapitre I. Le constat de l'inapplication du droit	
Institutions politiques et inapplication de la Constitution sous la V^e République	19
Priscilla JENSEL-MONGE, Maître de conférences, Aix-Marseille Université, Université de Toulon, Université de Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, ILF-GERJC, Aix-en-Provence, France.	
Audrey DE MONTIS, Maître de conférences à l'Université Rennes I.	
L'improbable application de certaines dispositions constitutionnelles	35
Ferdinand FAYE, Docteur en Droit public de l'Université de Reims Champagne Ardenne.	
 Chapitre II. Les raisons de l'application du droit	
Le droit face à la violence : l'inapplication du droit humanitaire	51
Marie-José DOMESTICI-MET, Professeur émérite, Aix-Marseille Université, Université de Toulon, Université de Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, Aix-en-Provence, France.	
L'objection de conscience ou l'inapplication autorisée de la loi : les résistances à l'accès à l'IVG par les personnels de santé en Italie	83
Caterina SEVERINO, Professeur, Aix Marseille Univ, Université de Toulon, Univ Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, CDPC Jean-Claude Escarras, Toulon, France.	

**L'inapplication du droit à l'accessibilité pour les personnes en situation de handicap :
la mise en cause des évaluations *ex ante*93**

Mathias NUNES, Doctorant, Aix-Marseille Université, Université de Toulon, Université de Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, ILF-GERJC, Aix-en-Provence, France.

Partie II. L'inapplication des mécanismes de contrôle

Chapitre I. L'abstention des autorités de contrôle

La tolérance administrative, inapplication condamnable du droit 107

Fanny GRABIAS, Maître de conférences à l'Université Lille 2.

L'opportunité des poursuites et l'idée de systématisme de la réponse pénale 131

Akila TALEB-KARLSSON, Maître de conférences, Aix Marseille Univ, Université de Toulon, Univ Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, CDPC Jean-Claude Escarras, Toulon, France.

**Le pouvoir de sanction des autorités de régulation : vers la reconnaissance d'un droit
à l'inapplication du droit au profit des opérateurs économiques ? 151**

Christos KALOUDAS, Docteur en droit de l'Université Paris II.

L'opportunité dans le recours en manquement en droit de l'Union européenne 169

Nathalie RUBIO, Professeur de droit public, Aix-Marseille Université, Université de Toulon, Université de Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, CERIC, Aix-en-Provence, France.

Chapitre II. Les insuffisances des mécanismes juridictionnels

Les récentes réformes de la procédure civile, facteur d'inapplication du droit ? 183

Marcel ALINE, Docteur en droit de l'Université de Strasbourg.

Les recours contentieux délaissés : l'exemple de l'OMC 201

Habib GHÉRARI, Professeur de droit public, Aix-Marseille Université, Université de Toulon, Université de Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, CERIC, Aix-en-Provence, France.

L'inapplication des décisions juridictionnelles internationales... au nom du droit..... 217

Emanuel CASTELLARIN, Professeur à l'Université de Strasbourg.

Les procès fictifs, une réaction pertinente à l'inapplication du droit ? 233

Laura CANALI, Doctorante, Aix-Marseille Université, Université de Toulon, Université de Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, CERIC, Aix-en-Provence, France.

Conclusions 257

Jean-Sylvestre BERGÉ, Professeur à l'Université Lyon 3, Institut Universitaire de France.

PRÉFACE

Marthe FATIN ROUGE-STEFANINI¹
Sandrine MALJEAN-DUBOIS²

Sur proposition de nos collègues Olivier Le Bot et Romain Le Bœuf, l'UMR DICE a choisi de consacrer sa X^e « Journée », en 2017, à l'inapplication du droit. Organisée chaque année à l'automne, cette Journée nous est chère, car elle offre l'opportunité aux membres de chacune des équipes de recherche qui constituent l'UMR de se retrouver, tantôt à Aix-en-Provence, tantôt à Pau, tantôt à Toulon. C'est un moment privilégié pour échanger, dans la convivialité, autour de thèmes rassembleurs. Le programme de la Journée est déterminé après un appel à communication largement diffusé, ce qui permet de l'ouvrir à des chercheurs et enseignants-chercheurs venant d'autres horizons. Même si d'autres manifestations réunissent régulièrement les différentes équipes de DICE, la Journée demeure un temps fort de nos activités.

2017 a vu l'organisation d'une Journée toute particulière, puisqu'elle était donc la dixième. Que nos collègues Romain Le Bœuf, du Centre d'études et de recherches internationales et communautaires, et Olivier Le Bot, de l'Institut Louis Favoreu, soient ici remerciés chaleureusement pour en avoir assumé la direction scientifique avec brio. Ce sont eux qui ont eu l'idée de ce très beau thème. Ils ont composé le programme de la Journée et ont dirigé la publication des actes que le lecteur découvrira ci-après.

Le thème de cette X^e Journée, *L'inapplication du droit*, était particulièrement transversal et rassembleur. Il intéresse par définition tous les juristes, et probablement au-delà au moins les sociologues, les politistes et les économistes. C'est en outre un thème sur lequel les chercheurs de DICE creusent un sillon depuis de nombreuses années. La Journée se situait ainsi dans la pleine continuité de différents projets collectifs conduits au sein de l'UMR, tels les travaux sur la qualité des normes³, l'efficacité de la norme juridique⁴, l'exception à la règle de droit⁵ qui ont été publiés dans la

1 Directrice de recherche au CNRS, Directrice de l'UMR DICE, Aix Marseille Univ., Université de Toulon, Univ. Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, ILF-GERJC, Aix-en-Provence, France.

2 Directrice de recherche au CNRS, Aix-Marseille Université, Université de Toulon, Université de Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, CERIC, Aix-en-Provence, France.

3 M. FATIN-ROUGE, L. GAY, J. PINI (dir.), *Autour de la qualité des normes*, Bruylant, 2010.

4 M. FATIN-ROUGE, L. GAY, A. VIDAL-NAQUET (dir.), *L'efficacité des normes juridiques*, Bruylant, 2012.

5 M. FATIN-ROUGE, A. VIDAL-NAQUET (dir.), *La norme et ses exceptions. Quels défis pour la règle de droit ?*, Bruylant, 2014.

collection de DICE « À la croisée des droits » chez Bruylant, ou encore sur l'effectivité du droit de l'environnement, parus chez Intersentia⁶.

Mais prendre comme objet l'inapplication du droit – et non pas son efficacité ou son effectivité – conduit à renverser quelque peu la perspective. On ne s'intéresse plus dès lors à la mise en œuvre du droit, mais à sa non-mise en œuvre. La non-application est bien le négatif de l'application. Elle est le creux, là où l'application est le plein. Elle est le trou noir ou l'antimatière, là où l'application est la matière. Elle est... le côté obscur de la force (normative). C'est donc à un voyage bien téméraire vers l'abstention, voire l'absence, le vide et le néant que Romain Le Bœuf et Olivier Le Bot nous invitent dans cet ouvrage.

Les juristes sont trop souvent influencés par un biais rationaliste qui les conduit à ignorer ou au moins minorer les situations de non-application. Elles sont souvent marginales, mais dans certains domaines ou situations, et peut-être même dans certains ordres juridiques, elles peuvent devenir la règle. La non-application menace alors la règle de droit elle-même. Elle peut aller jusqu'à entraîner sa fin.

C'est parfois celui-là même qui pose la règle – autorités administratives, collectivités publiques, États – qui ne la respecte pas. De quelles ressources, voire de quels recours, les citoyens disposent-ils dans ces cas-là ?

Dans certaines situations, la non-application de la règle est au contraire prévue et anticipée par la règle elle-même. Elle peut être tolérée, acceptée, voire organisée. La non-application est parfois légitime, parfois illégitime. Mais quand elle signe l'échec des uns, la non-application est aussi le succès des autres, ceux-là mêmes qui la souhaitaient.

Les réactions à la non-application sont très diverses, allant de l'indifférence à la sanction en passant notamment par l'assistance et l'incitation.

Marginales ou fréquentes, les non-applications nous en disent en tout cas beaucoup sur notre droit, ses qualités et ses faiblesses... mais également sur nos attentes quant à un État de droit sans doute idéalisé, des attentes en termes de prévisibilité, mais également d'égalité et/ou d'uniformité dans l'application de la règle de droit. Comment d'ailleurs définir la non-application ? Quels critères permettent de déterminer où se situe la frontière entre la non-application et l'exception ou la dérogation ?

Comme l'indiquait l'appel à contributions de notre X^e Journée, il semble que les juristes manquent cruellement de formalisation pour identifier les cas de non-application, les décrire et... permettre de les éviter. Puisse cet ouvrage contribuer à mieux formaliser, à mieux comprendre et à mieux prévenir les situations de non-application du droit.

Nous nous réjouissons que ces Actes paraissent dans la collection d'ouvrages électroniques que DICE a créée, « Confluence des droits », une collection toute jeune mais dont le succès et la renommée vont grandissant !

6 S. MALJEAN-DUBOIS (dir.), *The Effectiveness of Environmental Law*, Intersentia, 2017.

INTRODUCTION

Romain LE BŒUF¹

Olivier LE BOT²

Le constat est banal : il arrive que le droit ne soit pas appliqué. Le juriste, comme le citoyen, est pleinement informé de cet état de fait, qu'il déplore en même temps qu'il le sait inévitable. N'est-ce pas le propre de la règle de droit que de pouvoir être méconnue³? Chacun sait que le Code pénal – pour ne rien dire du Code de la route ! – est l'objet d'atteintes aussi graves que quotidiennes. Dans ses différents champs de spécialité comme dans sa vie de tous les jours, le juriste constate l'écart qui peut exister entre les exigences du législateur et le comportement des opérateurs juridiques, quels qu'ils soient. Toutefois, confronté à la violation d'une règle qu'il sait n'être que primaire, l'homme de loi se tournera avec confiance vers les règles secondaires, en remerciant au passage Hart de lui avoir fourni un outil d'analyse aussi commode⁴. Ainsi envisagée, la violation du droit trouvera en principe une réponse qui assurera *in fine* l'application de la règle et, donc, le triomphe de l'ordre juridique : l'acte illégal est annulé, le préjudice réparé, bref, l'ordre des choses rétabli.

Plusieurs auteurs ont d'ailleurs affirmé que le propre du droit est moins de prohiber un comportement que de prévoir les conditions de sa sanction : Kelsen peut ainsi, dans sa *Théorie pure du droit*, considérer que « l'acte illicite apparaît comme la condition du droit, et non comme [sa] négation »⁵. Le coupable puni, c'est la victoire du droit tout autant que l'absence de crime. La distinction est importante : dire qu'une règle de droit est appliquée ne consiste pas à affirmer que la règle en question est respectée par ses destinataires, mais que ses violations sont généralement réprimées⁶. L'inapplication du droit ne se confond donc pas avec la simple violation de la règle. Elle renvoie uniquement, et bien plus fondamentalement, aux violations auxquelles ne serait venu remédier aucun mécanisme secondaire de mise en œuvre : le crime impuni, l'acte irrégulier non annulé, le dommage non réparé. Ainsi entendue, l'inapplication du droit renvoie donc moins à la violation d'une règle donnée qu'à la mise en échec de l'ordre juridique lui-même.

1 Professeur de droit public, Aix-Marseille Université, Université de Toulon, Université de Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, CERIC, Aix-en-Provence, France.

2 Professeur de droit public, Aix-Marseille Université, Université de Toulon, Université de Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, ILF-GERJC, Aix-en-Provence, France.

3 H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, seconde édition, trad. par C. Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962, p. 15 : « pour qu'il s'agisse véritablement d'une norme, il faut qu'il existe la possibilité d'une conduite non-conforme. Une norme qui prescrirait que doit avoir lieu un fait [...] dont on sait par avance qu'en vertu d'une loi naturelle il aura nécessairement lieu toujours et partout aurait aussi peu de sens qu'une norme qui prescrirait que doit avoir lieu un fait dont on sait par avance qu'une loi naturelle exclut absolument qu'il puisse avoir lieu ».

4 H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961.

5 H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, précit., p. 156.

6 Kelsen semble d'ailleurs à ce point de vue considérer que c'est seulement dans le cas d'une violation sanctionnée que la norme est véritablement « appliquée ». Dans la terminologie de la *Théorie pure*, une norme spontanément respectée par ses destinataires, sans donc qu'ait à être prononcée la sanction de sa violation, est dite « efficace », mais non « appliquée » (voy. H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, précit., spéc. p. 15-16).

Communément employée dans le langage juridique⁷, la notion d'application du droit évolue dans une certaine furtivité conceptuelle. La doctrine est beaucoup plus familière de l'étude des notions voisines d'effectivité et – complément rituel – d'efficacité. Les trois termes, pourtant, ne peuvent assurément pas être tenus pour synonymes. Il existe entre les notions d'application et d'effectivité (et donc entre l'inapplication et l'ineffectivité) une différence d'échelle. En effet, le constat de l'effectivité ou de l'ineffectivité d'une norme renvoie à une évaluation de la régularité de son application. Une norme globalement effective peut parfaitement demeurer inappliquée dans un cas donné⁸. L'ineffectivité appartient donc au registre de la régularité, tandis que l'inapplication relève de celui de la singularité : il suffit d'un cas pour que soit caractérisée l'inapplication ; il en faut une multitude pour que soit caractérisée l'ineffectivité. Il en résulte donc que l'inapplication est, par définition, un phénomène plus vaste que l'ineffectivité. L'inapplication ne saurait davantage se confondre avec l'inefficacité : une norme peut être mécaniquement appliquée et néanmoins demeurer inefficace à réaliser l'effet voulu par son auteur⁹. À l'inverse, une norme, quoique fréquemment inappliquée, peut se révéler efficace du simple fait de son existence¹⁰.

La doctrine n'a consacré que très peu d'attention à cette question de l'inapplication du droit¹¹. Ce désintérêt peut être expliqué de plusieurs façons. Sans doute, d'abord, une part de pudeur peut-elle expliquer la réticence des juristes à admettre le caractère faillible de leur objet – et à en faire publiquement état. La doctrine endosse ici sa fonction fabulatrice¹² pour substituer aux contingences du réel le récit linéaire de l'effectivité. Peut-être, ensuite, la théorie du droit ne fournit-elle pas les outils pour explorer cette matière noire que constitue la mise en échec du système juridique : la question de l'inapplication du droit – à l'instar de celle de son fondement – a ainsi pu être renvoyée hors du champ bien compris des études juridiques¹³. De façon plus problématique, enfin, on doit encore suggérer une forme de certitude latente, chez le juriste, que l'inapplication n'est pour le droit qu'un état transitoire destiné à être corrigé, d'un moment à l'autre, par l'organe de contrôle compétent, doublée de la conviction profondément enracinée que les cas réels d'inapplication sont, sinon marginaux, du moins exceptionnels. C'est précisément cette dernière hypothèse que le présent ouvrage se propose de mettre à l'épreuve, à travers une série de contributions abordant la question dans des domaines variés.

7 La recherche du terme dans la base de données Légifrance renvoie à plusieurs centaines de milliers de réponses, tant devant les juridictions de l'ordre judiciaire que devant celles de l'ordre administratif. Il faut relever que le terme « inapplication » est quant à lui significativement moins utilisé : il n'apparaît que dans quelques centaines de décisions. Sur le plan doctrinal, nous renonçons à citer les travaux qui font usage de ces termes, ne serait-ce que dans leur intitulé !

8 Ainsi de la prohibition du meurtre, globalement effective malgré le fait que certaines affaires demeurent irrésolues, et donc certains criminels impunis.

9 Ainsi des règles comportant des incitations fiscales, qui peuvent être mécaniquement appliquées aux bénéficiaires sans induire l'effet social ou économique recherché.

10 Les limitations de vitesse, dont on peut craindre qu'elles soient fréquemment méconnues sans que s'ensuive une sanction de l'auteur de la violation, n'en demeurent pas moins efficaces dans leur fonction de modération de la vitesse sur la voie publique.

11 V. néanmoins, outre le présent ouvrage, le colloque organisé à l'université de Bretagne-Sud le 6 décembre 2018 intitulé « L'inapplication de la règle de droit ».

12 L'expression est de Henri BERGSON (*Les deux sources de la morale et de la religion*, Paris, Puf, 1932, ch. 2). Pour une belle étude critique de cette « fonction de fabulation » de la doctrine juridique, voy. F. DORY, *Essai sur le contrat*, Thèse, Université de Picardie, 2012, p. 229 et s.

13 Voy. déjà la critique de Kelsen à cet égard, qui dénonce « l'interprétation naïve et pré-scientifique qui voit dans le délit la négation du droit, un “non-droit” » (H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, précit., p. 156).

Pour le dire d'emblée, l'on suspecte que l'inapplication soit une pathologie beaucoup plus courante que ce que suggèrent nos enseignements magistraux. Pour n'en donner qu'un bref aperçu, l'inapplication du droit nous semble affecter aussi bien les rapports entre particuliers que ceux entretenus par les personnes publiques. Point n'est besoin ici de grandes constructions doctrinales : il suffit souvent de s'en rapporter à son expérience personnelle. Dans les rapports de droit privé, de très nombreuses atteintes ne donnent lieu à aucune démarche de la victime, soit en raison de la modicité du dommage qui en résulte (par exemple en droit civil, notamment en droit de la consommation), soit de par la crainte que le débiteur d'une obligation peut inspirer à son créancier (en particulier dans les relations commerciales ou de travail). En droit public, la fréquentation d'une administration quelconque permet de constater quelques tolérances, telle celle du chef de service qui laisse, par ignorance ou incurie, ses agents arborer des t-shirts professant de façon anodine et commerciale certains slogans politiques, voire les dessins de catéchisme des enfants naïvement exhibés par les parents sur le lieu de leur service, en méconnaissance flagrante du principe de neutralité¹⁴. En droit pénal, le procureur n'est-il pas habilité, au titre de l'opportunité des poursuites, à classer sans suite des délits pourtant caractérisés¹⁵ ? Les cas d'inapplication sont légion et n'épargnent pas les normes les plus fondamentales. La Constitution elle-même n'est pas à l'abri des atteintes : outre les divers arrangements que la pratique a su ménager dans les rapports entre les pouvoirs publics constitutionnels¹⁶ (et dont la fameuse théorie des actes de gouvernement reste la funeste garante), est-il probable de voir appliquer les dispositions constitutionnelles qui prévoient la nationalisation des services publics nationaux et des monopoles de fait¹⁷ ou « le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi »¹⁸ ? Dans les rapports entre États, le droit international se voit régulièrement reprocher de ne recevoir qu'une application très partielle¹⁹, notamment dans les domaines dans lesquels son application est la plus urgente²⁰. La question est alors de savoir jusqu'à quel point il est possible de se convaincre que les violations du droit font systématiquement, majoritairement ou même régulièrement l'objet d'une réponse qui en assure *in fine* la correcte application.

De fait, les raisons de l'inapplication du droit sont multiples : méconnaissance de la règle, coût de sa mise en œuvre, indolence de la victime, inertie des autorités... Les motifs peuvent être déclinés et combinés à l'infini. C'est là un point de sociologie juridique qui mériterait d'être approfondi : ces facteurs, quoique non propres au droit, subvertissent à eux seuls tout l'édifice du droit positif et des protections qu'il assure²¹. Quel intérêt y a-t-il à consacrer dans le Code un droit que des

14 Voy. dans le présent ouvrage la contribution de Fanny GRABIAS, « La tolérance administrative ».

15 Voy. la contribution d'Akila TALEB-KARLSSON, « L'opportunité des poursuites et l'idée de systématisme de la réponse pénale ».

16 Voy. dans le présent ouvrage les contributions de Priscilla JENSEL-MONGE et Audrey de MONTIS, « Institutions politiques et inapplication de la Constitution sous la Cinquième République » et celle de Ferdinand FAYE, « L'improbable application de certaines dispositions constitutionnelles ».

17 Aux termes de l'alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946, « Tout bien, toute entreprise, dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité ».

18 Préambule de la Constitution de 1946, al. 5.

19 Sur cette question, voy. notamment F. COUVEINHES-MATSUMOTO, *L'effectivité en droit international*, Bruylant, Bruxelles, 2014, 718 p.

20 Voy. dans le présent ouvrage la contribution de Marie-José DOMESTICI-MET, « Le droit face à la violence : l'inapplication du droit humanitaire ».

21 Voy. pour une illustration la contribution de Mathias NUNES, « L'inapplication du droit à l'accessibilité Pour les personnes en situation de handicap : La mise en cause des évaluations *ex ante* ».

considérations pratiques élémentaires ne permettent pas de faire valoir²²? Dans certains cas, ce sont les bénéficiaires de la règle qui, pour des raisons diverses, s'abstiendront de faire valoir un droit dont ils sont pourtant indiscutablement les titulaires²³. Dans d'autres cas, ce sont les institutions chargées de garantir l'application de la règle qui s'abstiendront de la mettre en œuvre²⁴. Dans une dernière série de cas, plus graves peut-être, ce sont les mesures de mise en œuvre elles-mêmes qui resteront inappliquées : ainsi de l'inexécution des décisions de justice, en droit interne aussi bien qu'en droit international²⁵.

Faut-il s'inquiéter de ce droit demeuré inappliqué? D'un côté, comment admettre que la loi ne produise pas les effets qui lui sont assignés par la volonté générale, ou que la volonté souveraine des États consacrée dans un traité soit méconnue? L'état de droit – interne ou international – compose mal avec l'inapplication des normes, et il peut être tentant de chercher de façon systématique des remèdes, le cas échéant en dehors du droit lui-même²⁶. Pour autant, à la supposer possible, l'application mécanique du droit et de ses multiples injonctions est-elle souhaitable? On sait les crispations qui existent autour de l'automatisation de la répression en matière de délinquance routière ou des peines plancher. D'une façon plus générale, doit-on nécessairement regretter que les autorités de contrôle puissent faire preuve de clémence? Que les victimes puissent faire preuve de pardon? Assurément, les divers courants théoriques ne répondront pas de façon univoque à ces interrogations. C'est, là aussi, un point qui mériterait d'être approfondi.

Les contributions réunies dans le présent ouvrage ne répondront certainement qu'à quelques-unes des pistes esquissées dans cette brève introduction, et sans doute cette esquisse ne mentionne-t-elle elle-même qu'une part infime des questions soulevées par la thématique de l'inapplication du droit²⁷. Cette déception est heureuse, car elle signifie que la journée d'étude tenue à Aix-en-Provence en 2017 a de beaucoup dépassé les attentes initiales de ses organisateurs. Cette publication, initialement envisagée comme la fin d'un projet, ne revêt en définitive qu'une dimension exploratoire et l'ouvrage lui-même – nous espérons que le lecteur en conviendra – n'est rien d'autre que le vaste prologue d'une étude à poursuivre.

22 Ainsi de la multiplication des obstacles procéduraux : voy. dans le présent ouvrage la contribution d'Aline MARCEL, « Les récentes réformes de la procédure civile, facteur d'inapplication du droit? ».

23 Voy. la contribution de Habib GHERARI, « Les recours contentieux délaissés : l'exemple de l'organisation mondiale du commerce ».

24 Voy. notamment dans le présent ouvrage les contributions de Nathalie RUBIO, « L'opportunité dans le recours en manquement en droit de l'Union européenne » et de Christos KALOUDAS, « Le pouvoir de sanction des autorités de régulation : vers la reconnaissance d'un droit à l'inapplication du droit au profit des opérateurs économiques? », ainsi que celle déjà citée à propos de l'opportunité des poursuites en droit pénal d'Akila TALEB-KARLSSON.

25 Voy. dans le présent ouvrage la contribution d'Emanuel CASTELLARIN, « L'inapplication des décisions juridictionnelles internationales... au nom du droit ».

26 Voy. la contribution de Laura CANALI, « Les procès fictifs : une réaction pertinente à l'inapplication du droit? ».

27 Voy. les pistes esquissées dans ses conclusions par Jean-Sylvestre BERGÉ.

PARTIE I

L'INAPPLICATION DES NORMES PRIMAIRES

CHAPITRE I

LE CONSTAT DE L'INAPPLICATION DU DROIT

INSTITUTIONS POLITIQUES ET INAPPLICATION DE LA CONSTITUTION SOUS LA V^e RÉPUBLIQUE

Priscilla JENSEL-MONGE¹

Audrey DE MONTIS²

Résumé

Quand est-il possible de considérer qu'il y a inapplication de la Constitution ? Pour répondre à cette question simple d'apparence, la présente contribution propose une méthodologie pour identifier une inapplication de la Constitution dans le domaine spécifique du droit constitutionnel des institutions politiques. Deux hypothèses ont ainsi pu être présentées. La première situation identifiée correspond à une inapplication flagrante ou évidente du texte de la Constitution. Ainsi, en droit constitutionnel institutionnel, une inapplication est une pratique contraire au texte qui ne permet aucune autre interprétation possible. La seconde situation, en revanche, conduit à rejeter la qualification d'inapplication de la Constitution lorsque la disposition constitutionnelle est plus équivoque et l'interprétation, plus libre. Dans ce cas, l'interprétation est alors « maîtrisée » de telle sorte qu'il n'est pas possible de la considérer comme une inapplication de la Constitution.

Abstract

When is it possible to consider that there is inapplicability of the Constitution ? To answer this simple question, this contribution proposes a methodology to identify an inapplication of the Constitution in the specific field of constitutional law of political institutions. Two hypotheses could thus be presented. The first identified situation corresponds to a flagrant or obvious inapplicability of the text of the Constitution. Thus, in institutional constitutional law, an inapplication is a practice contrary to the text which allows no other possible interpretation. The second situation, on the other hand, leads to the rejection of the qualification of inapplication of the Constitution when the constitutional provision is more equivocal. In this case, the interpretation is then « mastered » so that it can not be considered as an inapplication of the Constitution.

1 Maître de conférences, Aix-Marseille Université, Université de Toulon, Université de Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, ILF-GERJC, Aix-en-Provence, France.

2 Maître de conférences à l'Université Rennes I.

« La Constitution du 4 octobre 1958 a-t-elle jamais été appliquée telle qu'elle était écrite ? Je ne hasarderai pas de le soutenir »³. C'est en ces termes que s'exprimait Jean Foyer, un gaulliste historique, dans ses mémoires en 2006. Cette affirmation soulève aussitôt un paradoxe : alors que la Constitution est la norme juridique suprême, n'est-elle pas celle qui souffre le plus « d'inapplication(s) » ?

Afin de clarifier le propos, il est nécessaire de revenir sur le contexte qui a entouré la rédaction de la Constitution du 4 octobre 1958. Celle-ci apparaît en effet comme un texte de compromis entre des aspirations, sinon contradictoires, à tout le moins différentes. Elle traduit à la fois la volonté du général de Gaulle qui est, d'un côté, de restaurer l'État en accordant une place prééminente à l'exécutif (et plus particulièrement au chef de l'État) et celle des ministres d'État – et notamment de Michel Debré – partisans d'un régime parlementaire « classique », mais rationalisé. Et si ce compromis explique en partie la large faveur que le texte a reçue, il a aussi déplacé le problème autour de l'application, laissant volontairement aux institutions politiques le soin de révéler le sens de certaines dispositions et par conséquent de trancher entre ce que Pierre Avril nomme les « arrières-pensées contradictoires »⁴.

En analysant les institutions politiques (le président de la République, le Gouvernement et les assemblées parlementaires) et les relations qu'elles entretiennent, il apparaît qu'un « abîme [...] peut parfois exister entre le texte tel que le comprennent les juristes et la réalité de son application »⁵. Il faut donc distinguer *l'instrumentum* (le document écrit qui consigne les différentes règles applicables) et *la pratique*, « c'est-à-dire la dynamique d'une Constitution quand la vie politique s'empare de celle-ci » (Jean Gicquel⁶). Et, en raison de la nature même du droit constitutionnel institutionnel, qui est un « droit politique »⁷, c'est dans ce décalage que se dissimule et que doit se résoudre la vraie question de l'inapplication de la Constitution par les institutions politiques. La citation suivante, un peu provocante, illustre parfaitement la relation de complémentarité qu'entretiennent *l'instrumentum* et la pratique :

« Quel est l'homme d'État qui lira un article de règlement, une loi constitutionnelle ou électorale, sans penser uniquement au profit qu'il peut en tirer pour le combat quotidien ? Sous l'influence de sa volonté souvent toute puissante les articles sont pétris, transformés, ils prennent une valeur dont on ne se doutait pas [...]. C'est pourquoi l'on a tant de peine, en matière politique, à fixer la portée d'un article *in abstracto*, sans tenir compte des circonstances au milieu desquelles il doit fonctionner. Cette fragilité du moment condamne les interprétations à des doutes perpétuels⁸. »

3 *Sur les chemins du droit avec le général. Mémoires de ma vie politique*, Paris, Fayard, 2006, p. 99.

4 P. AVRIL, « Enchantement et désenchantement constitutionnels sous la V^e République », *Pouvoirs*, n° 126, 2008, p. 8.

5 *Ibid.*, p. 9.

6 *Essai sur la pratique de la V^e République, bilan d'un septennat*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, nouveau tirage avec mise à jour 1977, p. 29.

7 Dans le traité d'Eugène Pierre, il est indiqué qu'« il ne faut pas s'étonner que le droit politique change, lui aussi, avec les années, car ceux qui l'appliquent sont précisément ceux qui le créent » : Préface du *Traité de droit politique électoral et parlementaire*, 2^e éd., 1902, p. V. Marcel Prélot parlait également de droit politique.

8 Préface du *Traité de droit politique électoral et parlementaire (op. cit.)*, p. V-VI.

L'application d'une règle de droit, c'est le fait que celle-ci « prenne vie », qu'elle soit mise en œuvre, traduite dans la réalité. Et, entre le texte et l'application, il y a l'interprétation. En d'autres termes, le lien entre le texte et l'application repose sur une opération fondamentale : l'interprétation. « Toute application présuppose en effet une interprétation préalable, les deux opérations étant indissociables »⁹. Cela renvoie à des positions doctrinales différentes¹⁰. Ainsi, pour les réalistes, qui ne conçoivent « le droit que dans son application concrète »¹¹, il est possible d'envisager que plusieurs comportements puissent être issus d'une même disposition constitutionnelle. Pour les normativistes, « les textes constitutionnels possèdent [...] en tant que tel, une signification, aussi vague et indéterminée soit-elle »¹². Ainsi, si la pratique est contraire *au sens* de la disposition, cela constitue une violation de la Constitution.

En pensant à l'écriture particulière de la norme suprême dans un contexte si singulier durant l'été 1958, la question qui se pose est la suivante : quand est-il alors possible de considérer qu'il y a véritablement « inapplication de la Constitution » ? C'est une question qui est très complexe en réalité parce qu'elle se heurte à un certain nombre de difficultés.

Première difficulté, la nature même du droit constitutionnel institutionnel. Si la question de l'interprétation est une question classique de l'application de la règle de droit, elle se pose avec une particulière acuité s'agissant du droit constitutionnel institutionnel. En effet, celui-ci accorde une large place à la pratique et il arrive que, sur une même disposition, plusieurs comportements aient pu émerger, en fonction d'un contexte politique par nature, spécifique. En outre, pour mémoire, la Constitution est l'œuvre de « compromis dilatoires »¹³ ; généralement une certaine ambiguïté entoure la rédaction de nombreuses dispositions.

Deuxième difficulté, celle des interprètes. Il convient par cette formule, de viser ici les organes qui appliquent la disposition constitutionnelle, les « sujets dont l'interprétation a un caractère « authentique » [...], c'est-à-dire produit des effets juridiques »¹⁴. Il s'agit principalement des institutions politiques que nous avons déjà décrites (cf. *supra*) mais il arrive parfois aussi que le Conseil constitutionnel donne une signification à un article de la Constitution. De nouveau, il peut arriver que tous ces acteurs soient guidés par des considérations politiques particulières expliquant alors des comportements différents.

9 P. AVRIL, *Les conventions de la Constitution*, Paris, L'Harmattan, 1997, p. 61.

10 Voir notamment, R. GUASTINI, Titre III – Chapitre II L'interprétation de la Constitution in M. TROPER, D. CHAGNOLLAUD (*dir*), *Traité international de droit constitutionnel, Tome I. Théorie de la Constitution*, 2012, Paris, Dalloz, coll. Traités Dalloz, p. 465-503 ; O. PFERSMANN, « De l'impossibilité du changement de sens de la Constitution », in *Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet L'esprit des institutions*, Paris, Dalloz, 2003, p. 353-374.

11 O. PFERSMANN, « De l'impossibilité du changement de sens de la Constitution », *art. cit.*, p. 357.

12 *Ibid.*

13 La formule est de Carl Schmitt. Voir P. AVRIL, « Enchantement et désenchantement constitutionnels sous la V^e République », *art. cit.*, p. 8.

14 R. GUASTINI, Titre III – Chapitre I L'interprétation de la Constitution in M. TROPER, D. CHAGNOLLAUD (*dir*), *Traité international de droit constitutionnel (op. cit.)*, p. 473.

Troisième difficulté, le contrôle de l'application des dispositions relatives aux institutions politiques. L'application des dispositions constitutionnelles relatives aux institutions politiques ne fait effectivement l'objet que d'un contrôle limité de la part du juge constitutionnel puisque celui-ci n'a pas été conçu comme un organe de résolution des conflits entre les institutions mais comme un instrument du parlementarisme rationalisé... Cet élément conditionne évidemment ses compétences mais pas uniquement.

Toutes ces difficultés soulignent une fois de plus la nature particulière du droit constitutionnel qui laisse aux institutions politiques le soin de se saisir directement des normes dont elles sont destinataires. Les problèmes se cristallisent donc autour de la définition même du terme « inapplication ». Celle du terme « application » est plus aisée : il s'agit, pour mémoire, de mettre en œuvre une disposition, de l'inscrire dans la réalité politique. Le mot est neutre, servant simplement à imaginer le passage de l'écrit à la pratique, sans préjuger de l'interprétation qui a été faite. Le sens du terme « inapplication » est quant à lui sujet à discussion. Ainsi, qu'est-ce qu'une inapplication de la Constitution en droit constitutionnel institutionnel ?

Il existe un premier cas qui serait celui de l'absence totale d'application : la disposition n'a jamais été mise en œuvre. Il est possible de citer ici l'article 11, alinéa 3 de la Constitution relatif au référendum d'initiative conjointe ou encore à l'article 36 de la Constitution relatif à l'état de siège. Au-delà du fait que cette hypothèse est rare, elle ne présente pas, selon nous pour cette étude, un intérêt particulier et donc nous écartons cette hypothèse¹⁵. Les deux hypothèses suivantes méritent davantage d'attention. Elles reposent sur la marge d'interprétation dont bénéficie ou non l'interprète.

La première d'entre elles correspond à une inapplication flagrante ou évidente du texte de la Constitution. Elle est donc « simple ». Dans cette hypothèse, la disposition en question ne laisse aucune souplesse d'appréciation à l'interprète ; elle détermine une situation claire, qu'il est aisé d'identifier et qui invite à adopter un comportement précis. L'institution politique met alors simplement en œuvre la règle qui est posée. Si elle ne respecte pas l'indication présentée, elle contrevient (délibérément ou non) à la règle et il s'agit de l'hypothèse d'une inapplication. Dans cette situation bien souvent, la disposition constitutionnelle est claire, elle n'est pas ambiguë ou équivoque. Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs eu l'occasion, en 1985, dans sa décision *relative à l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*, de faire le lien entre la clarté d'un texte et la marge d'appréciation dont bénéficie le destinataire. S'agissant de l'article 10 de la Constitution, relatif à la possibilité pour le président de la République de demander une nouvelle délibération, il avait ainsi considéré que « ces règles constitutionnelles, claires et précises [...] n'appellent aucune interprétation »¹⁶.

15 En revanche, qu'il nous soit permis de renvoyer à la contribution de notre collègue Ferdinand FAYE présentée au sein de la même journée d'étude (« L'improbable application de certaines dispositions constitutionnelles ») et à sa thèse : *Les dispositions inexploitées de la Constitution de la V^e République* (en préparation à Reims depuis 2014 sous la direction de Julie BENETTI et de Julien BOUDON).

16 Décision n° 85-197 DC, 23 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie* (cons. 16 ; Rec., p. 70).

Dans la dernière hypothèse, la plus compliquée des trois, certaines dispositions laissent à l'interprète une possibilité d'apprécier le comportement qu'il va adopter. Les règles sont souvent moins claires. Pour reprendre la formule du doyen Vedel, le texte est « grammaticalement susceptible de plusieurs lectures »¹⁷. Les dispositions de la Constitution du 4 octobre 1958 sont, s'agissant des pouvoirs publics, rarement univoques (et en plus elles s'inscrivent dans un esprit particulier). Dans ce cadre-ci, le comportement suivi par l'interprète ne vient pas délibérément contredire l'écrit. L'interprétation est « maîtrisée » et le point de savoir s'il s'agit vraiment d'une inapplication est alors plus délicat.

Ainsi, par le biais de cette étude, il s'agira d'identifier ce qu'est une inapplication en droit constitutionnel institutionnel. Pour cela, deux définitions seront présentées, l'une positive et l'autre négative, articulées autour de la notion d'interprétation, faible ou inexistante dans le premier cas, réelle dans le second cas. Ainsi, l'inapplication est une interprétation contraire de la Constitution (I) mais elle n'est pas une interprétation « maîtrisée » de la Constitution (II).

I. Définition positive de l'inapplication : une interprétation contraire de la Constitution

Dans ce développement, la disposition ne laisse pas de marge d'appréciation à l'interprète qui l'applique strictement. Ainsi, l'inapplication peut se définir aisément : la pratique est contraire au texte qui ne permettait pas, justement, à un autre comportement d'émerger. Deux hypothèses doivent être distinguées selon que la disposition constitutionnelle pose ou non une obligation explicite à destination de l'interprète.

Première hypothèse. La disposition constitutionnelle pose une obligation explicite¹⁸. L'hypothèse est rare puisque la disposition constitutionnelle utilise alors le terme « devoir » pour ordonner une action précise. L'exemple le plus significatif est celui de l'article 50 de la Constitution, qui dispose : « Lorsque l'Assemblée nationale adopte une motion de censure ou lorsqu'elle désapprouve le programme ou une déclaration de politique générale du Gouvernement, le Premier ministre *doit* remettre au président de la République la démission du Gouvernement »¹⁹. À une situation précisément identifiée (l'adoption d'une motion de censure ou l'émission d'un vote négatif à la suite de la présentation par le Gouvernement de son programme ou d'une déclaration de politique générale), une conséquence est envisagée : le Premier ministre est contraint de démissionner. L'emploi du terme « devoir », rare dans la Constitution²⁰, ne laisse aucune souplesse d'application, l'interprétation est donc contrainte. C'est ainsi que le 5 octobre 1962, après que l'Assemblée nationale ait adopté une motion de censure contre le Gouvernement Pompidou, ce dernier, conformément au texte, a présenté

17 Rapport du Comité consultatif pour la révision de la Constitution, présidé par le doyen Georges Vedel, *Propositions pour une révision de la Constitution (15 février 1993)*, Paris, La documentation française, coll. des rapports officiels, 1993, p. 23.

18 Cette hypothèse doit être distinguée d'une autre qui « oriente » l'institution politique avec l'usage d'une formule négative et du verbe *pouvoir*. Par exemple, « le président de la République ne peut procéder à une nomination... » (article 13, alinéa 5 de la Constitution).

19 Terme mis en italique par nous.

20 Le terme devoir, conjugué, est présent à dix reprises : aux articles 4, 7, 16, 46, 47 et 47-1, 50, 61 (à deux reprises) et 89 de la Constitution.

la démission du Gouvernement au président de la République. Le destinataire de la règle a identifié la situation et a mis son comportement en conformité avec la seule conséquence qui en résultait. Cette hypothèse est isolée, tout simplement parce que les contraintes fermes posées à destination des institutions politiques sont rares dans le texte constitutionnel, celui-ci posant davantage des habilitations que des obligations. Les institutions savent davantage ce qu'elles *peuvent* faire que ce qu'elles *doivent* faire.

Seconde hypothèse. La disposition constitutionnelle ne pose pas une obligation explicite. Les formules employées sont plus neutres, en n'utilisant plus le terme « devoir ». L'interprétation n'en demeure pas moins fermée dès lors que, de nouveau, la disposition en question décrit un fait qui contraint le destinataire de la règle à l'appliquer dans un sens précis. Précisément, des données quantitatives ou qualitatives sont décrites. Ainsi, plus le texte fondamental intègre de tels éléments, plus la marge d'interprétation se réduit et plus les risques d'inapplication augmentent. Dans cette seconde série d'hypothèses, plus nombreuses, il est arrivé que les destinataires décident tout simplement de ne pas respecter les indications présentes dans le texte. Il convient de nouveau de procéder à une distinction entre plusieurs situations puisque celles-ci, diverses, n'ont pas emporté les mêmes conséquences : soit le Conseil constitutionnel peut intervenir et il sanctionne fermement la distorsion entre l'écrit et la pratique (il s'agit de sa compétence en matière de contrôle de constitutionnalité *a priori*), soit il ne peut pas intervenir (sa compétence n'ayant pas été prévue), soit, enfin, il peut intervenir mais il décide de ne pas sanctionner le comportement défectueux. Dans toutes ces hypothèses, le lien automatique qui semblait découler entre le texte et l'application, est rompu : la pratique est manifestement et peut-être aussi parfois, délibérément contraire au texte.

A. Le Conseil constitutionnel peut intervenir et sanctionner

Dans ce cas de figure, l'inapplication en droit constitutionnel est évidente. La contrariété avec le texte est présente et le juge constitutionnel, dans le cadre du contrôle de constitutionnalité est saisi et sanctionne le comportement de l'institution politique.

Premier exemple : l'article 42 de la Constitution dans sa version issue de la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008. Il prévoit désormais que « la discussion des projets et des propositions de loi porte, en séance, sur le texte adopté par la commission [...] ou, à défaut, sur le texte dont l'assemblée a été saisie ». En l'espèce, les sénateurs avaient présenté dans l'hémicycle le projet de loi du Gouvernement alors même qu'ils avaient adopté en commission des propositions, qui n'avaient pas été formellement intégrées au texte. La discussion s'est donc engagée sur le texte du Gouvernement. Dès lors, l'article 42 de la Constitution n'avait pas été correctement appliqué, les sénateurs ayant tenté d'en détourner le sens pour des raisons politiques, celles de contester les conditions de délais d'examen de ce texte. Le Conseil constitutionnel a décidé de sanctionner cette interprétation²¹, estimant que « l'orientation

²¹ Décision n° 2012-655 DC, 24 octobre 2012, *Loi relative à la mobilisation du foncier public en faveur du logement et au renforcement des obligations de production de logement social* (cons. 1 à 3 ; *Rec.*, p. 557).

constitutionnelle de cette disposition était claire : la règle selon laquelle le texte examiné en séance publique est celui qui résulte des délibérations de la commission ne peut faire l'objet que de dérogations strictement limitées à celles envisagées par le constituant »²². Il annule donc en totalité le texte pour vice de procédure, ce qui est à l'époque, particulièrement saisissant²³.

Second exemple avec l'article 48, alinéa 6 de la Constitution qui indique, de façon *a priori* non équivoque qu'« Une séance par semaine au moins, y compris pendant les sessions extraordinaires prévues à l'article 29, est réservée par priorité aux questions des membres du Parlement et aux réponses du Gouvernement ». En l'espèce, c'est cette fois l'Assemblée nationale qui est en cause. Du 2 au 8 juillet 2012, celle-ci n'avait pas prévu de réserver une séance publique aux questions des membres du Parlement. De nouveau, le comportement politique entre en contrariété avec le texte constitutionnel. D'autres mécanismes de contrôle avaient tout de même été prévus et les institutions politiques avaient alors estimé que les contraintes évoquées à l'article 48, alinéa 6 de la Constitution étaient remplies. Cependant, tel n'a pas été l'avis du Conseil constitutionnel²⁴ qui a alerté les institutions politiques du non-respect de cette « méconnaissance manifeste de l'obligation constitutionnelle posée par l'article 48, alinéa 6 »²⁵. Il a laissé entendre que si cette méconnaissance s'était rencontrée au moment de l'adoption d'un texte de loi dans cette même semaine, son adoption aurait conduit à sa déclaration d'inconstitutionnalité.

Comme l'explique Jean-Éric Gicquel, « le Conseil constitutionnel s'est indiscutablement comporté comme un strict gardien de la Constitution qui ne peut fermer les yeux devant les accords, tractations et compromis établis entre les pouvoirs exécutif et législatif »²⁶. Ces épisodes ont deux points communs. D'une part, ils ont eu lieu postérieurement à la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 qui avait pour objectif principal de revaloriser le Parlement. Il apparaît alors aisément que le juge est toujours aussi vigilant à l'égard de l'institution parlementaire²⁷. D'autre part, les deux dispositions sont situées dans le titre V de la Constitution, celui qui fait l'objet d'une surveillance accrue du Conseil constitutionnel et qui a même principalement motivé sa création en 1958. Ces exemples démontrent une fois de plus, la spécificité du droit constitutionnel institutionnel qui est un « droit politique » : les acteurs se saisissent des normes à leur disposition et les appliquent de façon parfois curieuse... Or, ici, ces comportements sont strictement surveillés et condamnés par le juge constitutionnel. Dans d'autres cas, celui-ci est « écarté » délibérément par les institutions politiques qui souhaitent, pour des raisons politiques, ne pas respecter l'écrit, ce qui est juridiquement critiquable.

22 Commentaire sur le site du Conseil constitutionnel : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2012655DCccc_655dc.pdf (p. 5).

23 Voir par exemple J. BENETTI, « L'article 42 de la Constitution, le Sénat et le Conseil constitutionnel, Retour sur un imbroglio juridique », *Constitutions* 2013, p. 47-49 et J.-É. GICQUEL, « Le respect de la procédure législative. Variations autour d'un soi-disant cafouillage parlementaire », *JCP G* 2012, note 1341, p. 2255-2258.

24 Décision n° 2012-654 DC, 9 août 2012, *Loi de finances rectificative pour 2012* (cons. 3 et 4 ; *Rec.*, p. 461. G. BERGOUIGNOUS, « La séance de questions hebdomadaire, condition de la régularité de la procédure d'adoption de la loi », *Constitutions* 2012, p. 558-560.

25 Commentaire sur le site du Conseil constitutionnel http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2012654DCccc_654dc.pdf (p. 3).

26 J.-É. GICQUEL, « Le respect de la procédure législative. Variations autour d'un soi-disant cafouillage parlementaire » (*art.cit.*), p. 2258.

27 Toutefois, la seconde décision peut aussi être lue d'une autre manière : le Conseil constitutionnel, par cette décision, s'est érigé clairement en protecteur de la compétence du Parlement, qui ne peut décider de réduire ses prérogatives.

B. Le Conseil constitutionnel ne peut pas intervenir

Le deuxième cas est toujours celui d'une pratique qui contrarie délibérément un texte sans marge d'appréciation mais ici, le Conseil constitutionnel n'a pu l'endiguer parce qu'il n'a tout simplement pas eu la possibilité d'intervenir. C'est l'exemple de l'instauration d'une séance supplémentaire de questions durant le mandat de Valéry Giscard D'Estaing, alors que la Constitution ne prévoyait qu'une seule séance hebdomadaire. En l'espèce, en 1963, les députés avaient fait une première tentative en instaurant dans leur règlement la possibilité d'introduire une seconde séance de questions orales. Le Conseil constitutionnel, contrôlant obligatoirement le Règlement de l'Assemblée nationale en vertu de l'article 61 de la Constitution, avait sanctionné cette initiative²⁸. Ici, parce qu'il intervenait en amont, il pouvait condamner le comportement et éviter une violation délibérée du texte. Cependant, les députés ont fait en sorte plus tard de permettre qu'il ne soit pas saisi de la question. En accord avec l'exécutif, par le biais d'une convention politique, une séance de questions au Gouvernement a bien été mise en place, à la suite d'un message du président de la République le 30 mai 1974²⁹. Dans cette hypothèse-ci, le Conseil constitutionnel n'a pu intervenir *a posteriori*, pour sanctionner une pratique. Il faudra attendre la révision constitutionnelle du 4 août 1995³⁰ pour mettre fin à la contrariété flagrante du texte et de la pratique.

Si ces deux premières hypothèses semblent témoigner de la vigilance du juge constitutionnel (même si parfois il est volontairement écarté du système en raison de considérations politiques), elle n'est pas, malheureusement, toujours constante. Force est de constater que parfois, le juge peut à son tour faire des interprétations surprenantes de la Constitution, sur des dispositions qui ne laissent pourtant aucune marge d'interprétation à son destinataire. En d'autres termes, il a pu refuser de sanctionner des pratiques contraires au texte pour des raisons politiques.

C. Le Conseil constitutionnel ne veut pas intervenir

L'exemple le plus saillant sur cette question est l'article 27 de la Constitution qui précise que « Le droit de vote des membres du Parlement est personnel ». Pourtant, jusque dans les années 1990³¹, une pratique consistant à « faire voter les absents » est monnaie courante. Ces derniers laissent en effet leurs « clés » aux présents pour qu'ils puissent voter électroniquement à leur place. Pierre Joxe avait eu cette formule ironique en décrivant la situation : « d'un unique député, apparenté RPR, courant à travers les travées... pour que s'exprime électroniquement, une majorité désertique »³². Le juge constitutionnel, saisi par l'opposition, a pourtant eu une interprétation très

28 « Considérant que si, par son règlement, chacune des assemblées du Parlement fixe librement le jour de la semaine et la séance de ce jour où elle doit, par priorité, délibérer sur les questions de ses membres et les réponses du Gouvernement, ces délibérations ne peuvent excéder la durée d'une séance ; qu'il résulte, en effet, des termes de l'article 48 de la Constitution et de l'interprétation nécessaire de la combinaison des alinéas 1 et 2 dudit article, qu'une seule séance par semaine doit être réservée auxdites questions et réponses » : décision n° 63-25 DC, 21 janvier 1964, *Résolution modifiant les articles 36, 39, 41, 50, 134, 135, 136 et 137 du Règlement de l'Assemblée nationale* (cons. 1 ; *Rec.*, p. 23).

29 P. AVRIL, J. GICQUEL, J.-É. GICQUEL, *Droit parlementaire*, LGDJ Lextenso, coll. Domat droit public, 5^e éd., 2014, p. 348.

30 La loi constitutionnelle n° 95-880 a en effet sur cet aspect intégré au dernier alinéa de l'article 48, les termes « au moins », afin de permettre qu'une séance minimum par semaine soit réservée aux questions des membres du Parlement et aux réponses du Gouvernement.

31 Précisément, jusqu'en 1993, sous la présidence de Philippe SÉGUIN, voir P. AVRIL, J. GICQUEL, J.-É. GICQUEL, *Droit parlementaire (op. cit.)*, p. 175.

32 *Ibid.*, p. 177.

bienveillante à l'égard de cette pratique, favorable évidemment au Gouvernement et à sa majorité. Il a ainsi considéré, que « pour l'application de ces dispositions, la circonstance que, dans le cadre d'un scrutin public, le nombre de suffrages favorables à l'adoption d'un texte soit supérieur au nombre de députés effectivement présents au point de donner à penser que les délégations de vote utilisées, tant par leur nombre que par les justifications apportées, excèdent *les limites prévues par l'article 27 précité*, ne saurait entacher de nullité la procédure d'adoption de ce texte que s'il est établi, d'une part, qu'un ou des députés ont été portés comme ayant émis un vote contraire à leur opinion et, d'autre part, que, sans la prise en compte de ce ou ces votes, la majorité requise n'aurait pu être atteinte »³³. Plusieurs éléments doivent être tirés de cette décision. Le juge reconnaît que la pratique des institutions politiques méconnaît l'article 27 de la Constitution. Cependant, il transfère la question de la conformité à la Constitution sur la question de la sincérité du scrutin. De façon officieuse, cela lui permet de ne pas sanctionner cette pratique bien connue du parlementarisme français. En effet, si une sanction constitutionnelle avait été apportée à chaque fois que cette pratique se rencontrait, cela aurait provoqué un véritable « séisme ». L'opportunité politique est ici clairement présente. En l'occurrence, il s'agit d'une inapplication juridique mais d'une application politique de l'article 27 de la Constitution.

Dans cette première analyse, il était question de dispositions qui posaient une application précise, un comportement politique identifié, sans marge d'interprétation possible pour l'auteur, pour celui qui applique. Parce que des éléments qualitatifs ou quantitatifs étaient énoncés, les institutions politiques étaient, théoriquement contraintes d'appliquer la règle édictée. Ainsi, dans le cas précédent de l'article 27 de la Constitution, il s'agissait bien d'une *qualité* attachée à un droit par la Constitution³⁴ ; pour l'hypothèse de l'organisation supplémentaire d'une séance de questions, c'est un élément quantitatif qui était indiqué³⁵. Dès lors, si la pratique est contraire, c'est une inapplication. La seconde grande hypothèse est plus complexe, l'atteinte à la Constitution est beaucoup plus difficile à révéler. L'interprétation de la Constitution est alors « maîtrisée » par l'institution politique.

II. Définition négative de l'inapplication : l'interprétation « maîtrisée » de la Constitution

Dans cette seconde partie, l'identification d'une inapplication est plus malaisée car les institutions politiques disposent d'une plus grande latitude dans l'interprétation des dispositions qui les concernent. Le sens du texte constitutionnel est-il respecté ? Est-il étiré à tel point que le comportement suivi s'éloigne considérablement de l'article ? Dans ce cadre, il n'y a plus aucune contrainte qualitative ou quantitative, les dispositions constitutionnelles concernées sont plus équivoques et l'interprétation, plus libre. Deux cas différents doivent être présentés, l'un très simple et l'autre plus complexe.

33 Terme mis en italique par nous. Décision n° 86-225 DC, 23 janvier 1987, *Loi portant diverses mesures d'ordre social* (cons. 4 ; *Rec.*, p. 13).

34 Quand bien même le juge constitutionnel retiendrait une autre interprétation (cf. *supra*).

35 Cf. *supra*.

Première hypothèse. La disposition constitutionnelle pose explicitement une faculté. Le cas est simple : le texte laisse une totale liberté à son destinataire de faire quelque chose et emploie explicitement le verbe *pouvoir*. Par exemple, en vertu de l'article 10 de la Constitution, le président de la République *peut* demander une nouvelle délibération de la loi, il *peut* soumettre au référendum tout projet de loi dans les conditions énoncées à l'article 11, il *peut* dissoudre l'Assemblée nationale au titre de l'article 12 ou encore il *peut* prendre la parole devant le Parlement réuni en Congrès à cet effet grâce à l'article 18. Les hypothèses décrites concernent les prérogatives du président de la République et précisément pour certaines d'entre elles, il s'agit de ses pouvoirs « propres », ceux qu'il détient à titre personnel et qui ne nécessitent aucun contreseing. La Constitution énonce également quelques facultés explicites à d'autres institutions politiques³⁶ telles que le Premier ministre³⁷, le Gouvernement³⁸ et plus rarement le Parlement³⁹.

Seconde hypothèse. La disposition constitutionnelle pose implicitement une faculté. Le problème se pose donc précisément dans tous les autres cas de la présente analyse, s'agissant des dispositions qui sont « grammaticalement susceptibles de plusieurs lectures » (cf. *supra*) et qui laissent une marge d'interprétation aux institutions chargées de les mettre en œuvre. Contrairement aux cas évoqués dans la première partie de cette étude, la disposition constitutionnelle ne semble pas contraindre le destinataire, elle *habilite* l'institution à faire. Celle-ci apparaît ensuite libre, en fonction du contexte, d'user ou non des prérogatives qui lui sont accordées. Et c'est donc ici qu'il est utile de déterminer l'étendue de la marge d'action de l'institution politique à partir de l'interprétation d'une disposition constitutionnelle pour pouvoir identifier s'il y a ou non une inapplication de la Constitution. Trois indices pourraient permettre d'y voir plus clair.

A. L'usage du présent de l'indicatif

L'une des questions les plus sensibles concerne l'usage du présent de l'indicatif. Il est classiquement considéré, en droit, que l'usage de l'indicatif vaut impératif. Le Conseil constitutionnel a affirmé, dans ce sens, pour des dispositions législatives, que « l'emploi du présent de l'indicatif ayant valeur impérative, la substitution du présent de l'indicatif à une rédaction formulée en termes d'obligation ne retire pas aux dispositions [...] leur caractère impératif »⁴⁰. Ainsi, en souscrivant à cette règle, lorsque la Constitution prévoit à son article 49 que « Le Premier ministre, après délibération du Conseil des ministres, *engage* devant l'Assemblée nationale la responsabilité du Gouvernement sur son programme », cela emporterait donc une obligation et non seulement une faculté, d'engager la

³⁶ Le Conseil constitutionnel n'est donc pas ici évoqué.

³⁷ Article 21, alinéa 2 de la Constitution, le Premier ministre peut déléguer certains de ses pouvoirs aux ministres. Il peut aussi, grâce à l'article 29, alinéa 3 de la Constitution, « seul demander une nouvelle session avant l'expiration du mois qui suit le décret de clôture ».

³⁸ Ainsi, en vertu de l'article 31, alinéa 2 de la Constitution, « les membres du Gouvernement peuvent se faire assister par des commissaires du Gouvernement ».

³⁹ La formulation est déjà plus contrainte pour l'institution parlementaire : « Chaque assemblée peut siéger en comité secret à la demande du Premier ministre ou d'un dixième de ses membres » (article 33, alinéa 2 de la Constitution).

⁴⁰ Décision n° 2007-561 DC du 17 janvier 2008, *Loi ratifiant l'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007 relative au code du travail (partie législative)* (cons. 17, *Rec. p. 41*).

responsabilité pour le Premier ministre⁴¹. Or, d'une part, la pratique dément cette lecture⁴² et, d'autre part, l'interprétation donnée par le juge constitutionnel sur cette disposition consacre la solution inverse. Le Conseil constitutionnel a considéré dès 1977 en effet que l'article 49 alinéa 1 confère une simple faculté au Premier ministre⁴³. Par ailleurs, d'autres arguments viennent remettre en question ce lien entre indicatif et impératif. Par exemple, lorsque la Constitution affirme, à l'article 12, que le président de la République peut dissoudre l'Assemblée nationale, il n'en découle aucune obligation en dépit de l'utilisation du présent de l'indicatif, c'est l'utilisation du verbe *pouvoir* qui indique expressément l'inverse (cf. *supra*). Dans le même ordre d'idées, lorsque l'article 50 de la Constitution oblige le Premier ministre à remettre la démission du Gouvernement au président de la République lorsqu'il est mis en minorité dans les formes de l'article 49, l'obligation ne découle pas de l'usage de l'indicatif mais de nouveau, de l'utilisation du verbe *devoir*. La marge d'interprétation ne saurait donc se réduire à l'analyse de l'usage de l'indicatif. Cette discussion sur la valeur à accorder au présent de l'indicatif dans la Constitution française a d'ailleurs été particulièrement révélée au cours de la cohabitation conflictuelle entre François Mitterrand et Jacques Chirac à l'occasion du refus du premier, en 1986 de signer les ordonnances⁴⁴. En droit constitutionnel institutionnel, l'usage du présent de l'indicatif n'est donc pas un indice probant pour déceler une inapplication liée à une interprétation contraire au texte. L'adage selon lequel en droit l'indicatif vaut impératif ne trouve donc que partiellement à s'appliquer s'agissant des institutions politiques.

B. La construction grammaticale de la phrase.

Plus que l'usage de l'indicatif, c'est la construction grammaticale des phrases qui pourrait être décisive pour déceler l'intention constituante et identifier une inapplication de la Constitution. Ainsi, lorsque le texte constitutionnel repose sur une construction grammaticale simple : sujet (l'institution politique) – verbe (signe, décide, détermine, conduit, etc.) – complément (un décret, la tenue de jours supplémentaires, la politique de la Nation, etc.), il est possible de considérer que l'institution politique dispose d'une réelle faculté d'agir. Dans les hypothèses précédentes, la construction était, il est vrai, différente : c'est la situation de fait qui était le sujet de la phrase. Elle était d'abord énoncée et assortie de précisions complémentaires (une séance par semaine au moins [...] est..., le droit de vote est...).

Ainsi, l'article 13, alinéa 1 C. indique laconiquement que « le président de la République signe les ordonnances et les décrets délibérés en Conseil des ministres ». Deux questions surgissent aussitôt. Première question : faut-il considérer qu'il s'agit d'une obligation ou d'une faculté offerte au président de la République ? Seconde question : le président de la République ne peut-il signer ces actes qu'en Conseil des ministres ? Des controverses sont nées en raison des comportements que le chef d'État a adoptés sur ces deux aspects.

41 Sur cette question, voir A. COCATRE-ZILGIEN, « À propos des articles 49 et 89 de la Constitution. Questions de langue », *RDJ*, 1974, p. 521-529.

42 J. GICQUEL, J.-É. GICQUEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, LGDJ, 2016, 30^e éd., p. 775.

43 Décision n° 76-72 DC du 12 janvier 1977, *Territoires des Afars et des Issas*, *JO*, 13 janvier 1976, p. 343, *Rec.* p. 31.

44 Voir notamment sur cette question M. TROPER, « La signature des ordonnances. Fonction d'une controverse », *Pouvoirs* n° 41, 1987, p. 75-91.

Dans le premier cas – cet élément est bien connu –, le président de la République François Mitterrand a refusé de signer trois ordonnances du Gouvernement Chirac⁴⁵. S'agissait-il d'une inapplication dès lors que le texte n'emploie ni le verbe *devoir* (obligation de signer), ni le verbe *pouvoir* (faculté de signer) ? En première analyse, cette disposition semble porter une obligation et ne laisser aucune marge d'action au président de la République. Selon une seconde analyse, cette disposition peut aussi signifier qu'il s'agit d'une compétence qui appartient au président de la République mais dont il n'est pas tenu de faire usage. En focalisant son attention sur les relations entre le Parlement et le Gouvernement, au cœur de la nature du régime politique de la V^e République, le constituant a donc fait le choix d'encadrer plus faiblement certaines prérogatives des institutions politiques et notamment celles du président de la République. Dès lors, même si l'article 13 de la Constitution semble porter une obligation de signer les ordonnances, la latitude conférée au président de la République dont il appartient de veiller, en l'absence de compétence du juge constitutionnel, à la Constitution (article 5 de la Constitution), doit être analysée comme une disposition laissant une marge d'action au président de la République.

Dans l'autre cas, le président de la République a signé, en dehors du Conseil des ministres, des décrets et des ordonnances ce que n'a pas sanctionné le juge administratif lorsqu'il fut saisi de la question⁴⁶.

Ainsi, en définitive, le seul critère qui pourrait vraiment permettre d'évaluer si l'interprète dispose d'une marge d'appréciation est de savoir précisément de quel interprète il s'agit.

C. L'institution politique concernée

S'agit-il du président de la République (de l'organe exécutif plus largement) ou du Parlement ? Dans le premier cas, le contrôle juridictionnel est rare et l'intention du pouvoir constituant originaire était de le renforcer considérablement. Dans les faits, le Président principalement, semble disposer d'une latitude plus grande pour étirer parfois, le sens de certaines dispositions. Dans le second cas, le contrôle juridictionnel est plus fréquent (il est organisé par la Constitution) et l'intention du pouvoir constituant originaire était bien d'encadrer l'institution parlementaire. Dès lors, en réalité, la détection d'une inapplication ne serait-elle pas simplement possible grâce à un critère qui n'est pas juridique mais politique, celui de l'identité du destinataire de la règle ? En d'autres termes, l'interprétation se déduirait donc de la pratique adoptée par l'institution politique sur une disposition lui laissant une faculté d'agir. Les conséquences sont ensuite diverses et rejoignent pour partie les classifications de la première partie : le Conseil constitutionnel peut intervenir et sanctionne, le Conseil constitutionnel ne peut pas intervenir (aucun contrôle n'est prévu), le Conseil constitutionnel ne

45 Il s'agissait de trois ordonnances relatives à la privatisation d'entreprises (13 juillet 1986), au découpage des circonscriptions de l'Assemblée nationale (2 octobre 1986) et à l'aménagement du temps de travail (17 décembre 1986).

46 À la question, le président peut-il signer des actes qui n'avaient pas à être délibérés en Conseil des ministres, le Conseil d'État a répondu par l'affirmative, en validant cette pratique et en l'habillant d'un raisonnement juridique particulier : d'une part, il a estimé que le décret n'était pas illégal et que, d'autre part, le président de la République n'en était pas considéré comme l'auteur (CE, ass., 27 avril 1962, Sicard). Cette jurisprudence a donc favorisé l'empiètement du président de la République sur les prérogatives du Premier ministre...

veut pas intervenir⁴⁷. Ainsi, la compétence du juge constitutionnel organisée par la Constitution signifie que le constituant a souhaité placer sous le contrôle de ce dernier une partie de la marge d'action des institutions politiques. Le Parlement a moins de liberté d'interprétation que le président de la République. Lorsque l'inapplication n'est pas sanctionnée, elle est alors permise par le système politique. Distinguons justement les cas des dispositions concernant l'organe exécutif et celles concernant l'organe législatif.

Exécutif. En plus de l'hypothèse précédente particulièrement saillante de l'article 13 de la Constitution, il faut ajouter ici l'article 8 de la Constitution par lequel le président de la République met fin aux fonctions du Premier ministre « sur la présentation de la démission du Gouvernement ». Cette disposition constitutionnelle a également donné naissance à la pratique bien connue, de la démission-révocation. Une règle est posée (le renvoi en raison de la démission) ; une nouvelle pratique est constatée (le Président peut contraindre son Premier ministre à démissionner). L'article 11 de la Constitution a également fait l'objet d'une interprétation extensive de la part du président de la République en 1962 lorsqu'il a fallu justifier l'usage de l'article 11 au détriment de l'article 89 de la Constitution. Le Général de Gaulle, pour mémoire, avait notamment considéré que la réforme de l'élection du président de la République au suffrage universel direct intégrait l'un des domaines énoncés à l'article 11, à savoir celui de « l'organisation des pouvoirs publics ». Dernier exemple, saisissant, l'application ou certains diront l'inapplication de deux dispositions fondamentales de la Constitution qui a fait couler beaucoup d'encre : l'article 20 de la Constitution (et son articulation avec l'article 5) qui apparaît peut-être comme l'article le plus inappliqué de la Constitution de la V^e République. Là encore, la disposition est formulée grammaticalement de manière simple : le Gouvernement (sujet) détermine et conduit (verbe) la politique de la Nation (complément). Or, en période de concordance des majorités, c'est le président de la République qui *détermine* et le Gouvernement qui *conduit*. De nouveau, ici, il est question du cadre de la répartition des compétences au sein de l'exécutif, qui se trouve hors de la sphère de compétence du juge constitutionnel qui n'est pas un organe de résolution juridictionnelle des conflits entre organes constitutionnels⁴⁸. Comme pour la signature des ordonnances de l'article 13 de la Constitution, il est alors possible de considérer que cet article offre une grande latitude au Gouvernement pour déterminer, ou ne pas déterminer, la politique de la Nation.

Législatif. Sans grande surprise, cette liberté d'action ne se retrouve pas avec autant d'intensité s'agissant du Parlement. Pour mémoire, la Constitution du 4 octobre 1958 a été conçue comme un instrument juridique de rationalisation du parlementarisme. Elle a donc veillé à encadrer, par le droit, les rapports entre les institutions politiques afin d'éviter que la pratique politique ne l'emporte sur le texte de la Constitution et n'affecte les équilibres institutionnels qu'elle a établis. C'est ainsi le titre V de la Constitution, relatif aux rapports entre le Parlement et le Gouvernement,

47 Elle n'est pas déterminante en revanche pour identifier une inapplication de la Constitution car la jurisprudence du Conseil constitutionnel peut elle-même conduire à une telle inapplication. Elle est simplement un moyen de faire reconnaître certaines inapplications.

48 E. CARPENTIER, *La résolution juridictionnelle des conflits entre organes constitutionnels*, Paris, LGDJ, Institut Universitaire Varenne, 2006, 452 p.

qui compte le plus grand nombre d'articles⁴⁹. Cette organisation millimétrée des rapports entre le Parlement et le Gouvernement influe naturellement sur les marges d'interprétation et d'action dont disposent les institutions politiques pour appliquer la Constitution. Ainsi, à chaque fois que le Parlement a souhaité renforcer ses pouvoirs, notamment de contrôle, le Conseil constitutionnel est intervenu pour rappeler l'inexistante marge d'action du Parlement dans ce domaine⁵⁰. La solution retenue par le juge constitutionnel en 1959 s'agissant des résolutions parlementaires en constitue un exemple topique. Le Conseil constitutionnel a ainsi affirmé que « les articles du règlement de l'Assemblée nationale [...], relatifs à la procédure législative et au contrôle parlementaire, ne peuvent, sans porter atteinte à la Constitution, assigner aux propositions de résolution un objet différent de celui qui leur est propre, à savoir la formulation de mesures et décisions relevant de la compétence exclusive de l'Assemblée »⁵¹. Il indique dans cette même décision que « Dans la mesure où de telles propositions tendraient à orienter ou à contrôler l'action gouvernementale, leur pratique serait contraire aux dispositions de la Constitution qui, dans son article 20, en confiant au Gouvernement la détermination et la conduite de la politique de la Nation, ne prévoit la mise en cause de la responsabilité gouvernementale devant le Parlement que dans les conditions fixées par les articles 49 et 50 ». Cette position est critiquable car elle a conduit à la solution selon laquelle justement cette fois, le silence, relatif⁵², de la Constitution doit être interprété comme une impossibilité de contrôler l'action gouvernementale en dehors des mécanismes des articles 49 et 50 de la Constitution⁵³. Le traitement est différent selon qu'il s'agisse du président de la République ou de l'institution parlementaire. L'inapplication de la Constitution résulte alors de la jurisprudence du Conseil constitutionnel et de l'impossibilité pour le Parlement de contrôler efficacement le Gouvernement en dehors du mécanisme de responsabilité politique.

Lorsqu'il ne s'agit plus de remettre en question les grands équilibres posés par le constituant originaire et alors même que le Conseil constitutionnel serait compétent pour sanctionner une inapplication, la marge d'action du Parlement redevient parfois plus grande. En d'autres termes, lorsque des prérogatives ne concernent que son fonctionnement interne, l'institution parlementaire retrouve une souplesse dans l'application et l'interprétation. À titre d'illustration, lorsque le Sénat en 2009 décide de ne reconnaître dans son règlement qu'un seul droit spécifique aux groupes minoritaires et aux groupes d'opposition⁵⁴, le Conseil constitutionnel, qui tire sa compétence de l'article 61 alinéa 1^{er} de la Constitution, ne relève pas d'inconstitutionnalité et n'émet pas de réserve. Il considère que cela relève exclusivement de l'organisation et du fonctionnement interne des assemblées. Dans cette sphère de compétence exclusive du Parlement, les risques d'inapplication sont donc encore limités.

49 Dans sa version originale, le titre V de la Constitution du 4 octobre 1958 compte dix-huit articles, alors que le titre II consacré au président de la République en compte quinze.

50 Voir notamment, P. AVRIL, « L'introuvable contrôle parlementaire », *LPA*, 2009, n° 139-140, p. 7-8.

51 Décision n° 59-2 DC du 24 juin 1959, *Règlement de l'Assemblée nationale (Rec.)*, p. 58).

52 Depuis 2008, l'article 34 de la Constitution assigne formellement au Parlement la fonction de voter la loi, de contrôler l'action du Gouvernement et d'évaluer les politiques publiques. Par ailleurs, le contrôle parlementaire est à la source du régime parlementaire. Voir P. LAUVAUX, « Le contrôle, source du régime parlementaire, priorité du régime présidentiel », *Pouvoirs*, 2010, n° 134, p. 23-36.

53 Voir notamment décision du Conseil constitutionnel n° 59-2 DC du 24 juin 1959, *op. cit.*

54 Voir P. JENSEL-MONGE, « Les groupes d'opposition et minoritaires de l'article 51-1 de la Constitution et la « conception moderne » de la séparation des pouvoirs », *RFDC*, (à paraître).

À l'issue de cette analyse, il est alors possible de conclure en disant qu'à l'exception des cas, rares, où il existe une inapplication de la Constitution, c'est-à-dire finalement une méconnaissance flagrante des dispositions de la Constitution, la liberté d'interprétation conférée aux institutions politiques, loin d'affaiblir la Constitution, favorise au contraire sa souplesse, sa longévité et finalement son application !

L'IMPROBABLE APPLICATION DE CERTAINES DISPOSITIONS CONSTITUTIONNELLES

Ferdinand FAYE¹

Résumé

Les dispositions constitutionnelles inappliquées sont légion. Quelques-unes d'entre elles présentent une certaine particularité : leur inapplication n'est point une surprise. Au contraire, c'est plutôt leur mise en œuvre qui aurait été surprenante, tant elle est improbable. Il s'agit de dispositions qui n'ont jamais été appliquées et dont il y a peu de chances qu'elles le soient un jour. Cette improbabilité tient à la nature des circonstances de fait exigées, d'une part, aux contraintes de la procédure d'application, d'autre part. Les conditions à caractère matériel ou procédural qui sont destinées en principe à encadrer l'utilisation des dispositions afférentes sont devenues de réels obstacles à leur concrétisation.

Abstract

There are many unimplemented constitutional provisions. Some of them have a certain particularity: their inapplicability is not a surprise. On the contrary, it is rather their implementation that would have been surprising, given how unlikely it is. These are provisions that have never been implemented and are unlikely to be implemented in the future. This improbability is due to the nature of the factual circumstances required, on the one hand, and the constraints of the application procedure, on the other. The material or procedural conditions which are intended in principle to govern the use of the relevant provisions have become real obstacles to their implementation.

¹ Docteur en Droit public de l'Université de Reims Champagne Ardenne.

L'inapplication du droit n'épargne pas la norme suprême. La Constitution de la V^e République compte de nombreuses dispositions qui sont restées lettre morte. L'inapplication concerne aussi bien le texte d'origine que les dispositions qui sont issues des différentes révisions constitutionnelles². Il en résulte que le texte constitutionnel actuellement en vigueur n'a été exploité qu'en partie. Cette inapplication ne suscite visiblement pas grand intérêt, la doctrine ne l'abordant que rarement³. En effet, il est entendu que tous les articles de la Constitution ne sont pas d'usage courant⁴ alors que l'efficacité de la règle juridique ne dépend pas toujours de sa mise en œuvre⁵.

Il n'en demeure pas moins que l'étude de l'inapplication du texte constitutionnel n'est pas dépourvue d'intérêt. Cela est d'autant plus vrai que l'inactivité de certaines dispositions constitutionnelles pourrait engendrer un déséquilibre institutionnel. Il s'agit là d'une conséquence logique et particulière de l'inapplication de la Constitution. Ainsi, le refus des parlementaires d'exploiter suffisamment les pouvoirs que leur confère la Constitution, donc l'inutilisation des dispositions y afférentes, constituerait une explication plausible du déclin supposé du parlement sous la V^e République⁶. Cette situation montre que l'inapplication des dispositions constitutionnelles n'est pas anodine. Elle suscite à l'évidence des questions qui appellent une réflexion.

Parmi les dispositions constitutionnelles inappliquées, une certaine catégorie permet d'aborder le thème de l'inapplication du droit sous un angle particulier. Certes, cette catégorie de dispositions partage le même sort que l'ensemble : au même titre que les autres, les dispositions dont il s'agit n'ont jamais eu à jouer depuis leur édicton. En revanche, ce qui les distingue est que l'on ne peut pas imaginer qu'il ait pu en aller autrement, tant leur mise en œuvre est improbable. C'est dire que la Constitution comporte des dispositions qui sont inappliquées et dont la mise en œuvre à l'avenir est, de surcroît, peu probable.

2 Concernant les dispositions résultant des lois constitutionnelles, il pourrait se poser la question du critère du temps. En effet, on ne peut pas avoir la même lecture à la fois sur les dispositions d'origine et sur les dispositions d'apparition récente, par exemple les nombreuses dispositions issues des réformes constitutionnelles de 2008. Ainsi, l'application du critère du temps pourrait amener à conclure à l'inutilité d'aborder l'inapplication concernant cette dernière catégorie de dispositions. Mais dans ce cas, il se poserait l'énigme de l'estimation dudit critère en termes de valeur exacte, le nombre d'années de référence. En tout état de cause, l'objet de cette réflexion est indifférent de la date d'apparition de la disposition.

3 Pierre MOUZET s'intéresse particulièrement à ce thème dans ses travaux. Voir spéc. P. MOUZET : « Saisine blanche, fumée blanche », *AJDA*, 2015, p. 1385 ; « Les dispositions non appliquées de la Constitution », in P. JAN (dir.), *La Constitution de la V^e République Réflexions sur un cinquantenaire*, Paris, La documentation française, 2008, p. 195-213 ; « La désuétude en droit constitutionnel (Quelques cas tirés du droit français) », *RDP*, 2009, p. 1381-1399.

4 Dans tout texte juridique – la Constitution n'en fait pas une exception – toutes les dispositions ne sont pas destinées à être mises en œuvre de manière ordinaire. Il est possible que certaines dispositions soient réservées à des circonstances exceptionnelles. Dans ce cas, leur application est censée être rare et pourrait même éventuellement être absente sans aucune surprise. À cet égard, l'article 16 de la Constitution est illustratif. Cette disposition porte sur les *pouvoirs exceptionnels* du président de la République. Au regard de son objet, elle ne joue qu'en période de crise, donc, *a priori*, exceptionnellement. S'il n'y avait pas eu le « putsch des généraux » en Algérie en 1961 – la seule fois où cette disposition a été mise en œuvre – l'article 16 n'aurait jamais été appliqué et une telle situation n'aurait pas été surprenante compte tenu du contenu de ce texte.

5 Il est des dispositions constitutionnelles qui ont une fonction dissuasive et dont l'inapplication n'entame pas, par elle-même, l'efficacité. On songe à ce sujet à la procédure de destitution du président de la République au titre de l'article 68 de la Constitution. Cet article pourrait ne jamais être mis en œuvre et cette inapplication ne lui ôterait point son efficacité car elle demeurerait dissuasive.

6 Il est même entendu que toute tentative de revalorisation du parlement sera vouée à l'échec tant que celui-ci s'abstiendra d'exploiter ses pouvoirs constitutionnels. L'on sait, par exemple, qu'il n'y a pas grand changement à la suite de la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008 qui visait, entre autres, à « desserrer l'étau du parlementarisme rationalisé » souvent considéré comme la principale cause du déclin du parlement sous la V^e République. Voir sur ce point J. BENETTI et G. SUTTER, « Le parlementarisme après la révision constitutionnelle de 2008 : tout changer pour ne rien changer ? », *Politeia*, juin 2009 – n° 15, p. 367-386.

Aborder la question de l'inapplication du droit dans ce sens pourrait être critiquable dans la mesure où la réflexion serait essentiellement faite d'hypothèses. Il s'agira, en effet, de démontrer que les dispositions concernées sont inappliquées et qu'elles le resteront encore fort probablement. Aussi des précisions s'imposent-elles. D'emblée, cette réflexion n'a pas l'ambition de prédire l'inapplication continue des dispositions constitutionnelles en question. Elle vise plutôt à fournir une explication possible de l'inactivité de certaines dispositions en essayant de démontrer, sur le fondement du texte constitutionnel, qu'il y a peu de chances qu'elles soient appliquées un jour. Cette improbabilité revêt un double aspect : elle tient à l'exigence de circonstances de fait purement hypothétiques, d'une part (I), à l'existence d'une procédure d'application rédhibitoire, d'autre part (II).

I. L'exigence de circonstances de fait inconcevables

Il sera question ici de la situation où la mise en œuvre de la disposition apparaît à l'évidence non envisageable eu égard aux conditions préalables imposées. Cela concerne les dispositions constitutionnelles dont l'application est subordonnée à la survenance de circonstances de fait qui, en fin de compte, ne seraient que des cas d'écoles, les chances de leur réalisation étant presque nulles. On parlera ainsi de circonstances de fait inconcevables ou improbables.

Selon la nature des conditions imposées, cette improbabilité peut prendre deux formes. D'une part, on considère que les circonstances de fait exigées sont inconcevables dans la mesure où elles ne seraient qu'une vue de l'esprit, leur réalisation étant inimaginable. Dans ce cas, on considérera que les conditions matérielles exigées sont objectivement inconcevables (A). D'autre part, les événements dont dépend l'application de la règle constitutionnelle pourraient réellement survenir sans que les organes compétents – exerçant un pouvoir d'appréciation – ne soient disposés à les déclarer établis : il s'agit là des circonstances de fait subjectivement inconcevables (B).

A. Les circonstances de fait objectivement inconcevables

Parmi les circonstances de fait requises, certaines sont objectivement improbables. Le caractère objectif tient ici au fait que l'improbabilité des conditions préalables ne dépend pas de la volonté des organes d'application. Elle résulte plutôt de la seule nature des événements imposés par le constituant. La réalisation des circonstances de fait concernées serait à la fois matériellement et formellement exclue. Ainsi, l'aléa auquel l'application de la disposition est subordonnée ne serait qu'une pure vue de l'esprit. Autrement dit, la Constitution consacre des dispositions dont la mise en œuvre est soumise à des circonstances de fait presque impossibles. Deux dispositions pourraient servir de référence pour illustrer ce cas de figure.

Il s'agit d'abord du premier alinéa de l'article 7 de la Constitution⁷ qui prévoit l'éventualité, dans le cadre de l'élection présidentielle, qu'un candidat qui n'est pas classé parmi les deux premiers à l'issue du premier tour soit finalement admis à disputer le second tour en cas de retrait de candidat plus favorisé. Aux termes de cette disposition, il est possible qu'un candidat *a priori* éliminé au regard des résultats du premier tour puisse rejoindre la course pour le second tour lorsque l'un des deux candidats plus favorisés retire sa candidature. Pour être plus concret, on peut faire référence au scénario de la dernière élection présidentielle. Selon cette disposition, il aurait été ainsi possible que François Fillon participât au second tour si Emmanuel Macron ou Marine Le Pen avait renoncé à poursuivre la compétition.

Cette situation ne s'est pas encore produite dans l'histoire de la V^e République. Il n'est jamais arrivé que le second tour soit disputé par un candidat n'ayant pas été parmi les deux premiers à l'issue du premier tour. Certains diront que c'est parce qu'il n'y a jamais eu de retrait de candidat comme l'exige cette disposition. Certes ! Mais on peut s'interroger sur la possibilité d'un tel retrait. Cet aléa, le retrait de candidat plus favorisé, est-il sérieusement envisageable ?

Au regard de la Constitution, le retrait procède de la volonté libre du candidat. Il ne peut résulter ni de l'empêchement, ni du décès, hypothèses pour lesquelles d'autres solutions sont prévues par la Constitution⁸. L'on se demande alors ce qui pourrait bien amener un candidat promu au second tour à se retirer volontairement de la course. La doctrine a imaginé une hypothèse que l'on peut qualifier de retrait stratégique. Ainsi, un candidat pourrait se retirer au profit d'un autre candidat appartenant à la même famille politique que lui s'il estime qu'il a atteint son meilleur score et que, par ricochet, celui-ci aurait peut-être une réserve de voix plus importante. Un tel scénario consisterait en un « ralliement du plus fort au plus faible, [...] du candidat le mieux placé au candidat le moins bien placé », mais avec la conviction que celui-là fera un meilleur résultat que celui-ci au second tour. Pour illustrer cette hypothèse, on peut faire référence au contexte électoral de 1981 en considérant que le retrait aurait été envisageable « si le candidat communiste avait précédé le candidat socialiste [...], étant donné que le premier n'avait aucune chance de séduire l'électorat centriste et aurait pu préserver les chances de succès de la gauche »⁹. Dans le même sens, « l'hypothèse avait été évoquée au cas où Jacques Chirac et Édouard Balladur seraient arrivés en tête au premier tour de l'élection de 1995 »¹⁰. La doctrine n'exclut donc pas totalement la réalisation éventuelle de cet aléa. Cela peut se comprendre si l'on sait que « l'avenir n'est pas sûr ni l'invraisemblable impossible »¹¹.

Pour autant, cette hypothèse reste très improbable. Tout d'abord, elle implique une stratégie politique remettant en cause le résultat des urnes. Ainsi, il faudrait s'assurer au préalable de la réaction de l'électorat face à une telle entente qui imposerait un choix différent du sien. Ensuite,

7 Selon cette disposition, seuls peuvent se présenter au second tour de l'élection présidentielle « les deux candidats qui, le cas échéant après retrait de candidats plus favorisés, se trouvent avoir recueilli le plus grand nombre de suffrages au premier tour ».

8 En effet, aux termes du huitième alinéa de l'article 7 de la Constitution : « En cas de décès ou d'empêchement de l'un des deux candidats les plus favorisés au premier tour avant les retraits éventuels, le Conseil constitutionnel déclare qu'il doit être procédé de nouveau à l'ensemble des opérations électorales ; il en est de même en cas de décès de l'un des deux candidats restés en présence en vue du second tour ».

9 J. BOUDON, *Manuel de droit constitutionnel tome 2 La Ve République*, Paris, PUF, coll. « Droit fondamental », 1^{er} éd., 2014, p. 65.

10 G. CARCASSONNE et M. GUILLAUME, *La Constitution, op. cit.*, p. 74.

11 P. MOUZET, « Les dispositions non appliquées de la Constitution », in P. JAN (dir.), *La Constitution de la Ve République Réflexions sur un cinquantenaire, op. cit.*, p. 201.

selon la doctrine, la survenance de l'aléa n'est possible que dans un scénario très rare. Premièrement, l'hypothèse requiert que deux candidats appartenant au même camp politique ou dont les programmes politiques sont idéologiquement compatibles fassent partie des trois candidats ayant obtenu plus de suffrages à l'issue du premier tour. En plus, le candidat le plus favorisé de ces deux devra être convaincu que la personne qui profite du retrait aura plus de chances que lui de remporter la compétition et, de surcroît, accepter de céder sa place, éventuellement, « en monnayant chèrement son retrait »¹². Cette complexité de la mise en œuvre de l'hypothèse envisagée permet de dire que le retrait de candidat prévu est tout simplement inconcevable.

On pourrait dire la même chose concernant une tout autre disposition dans l'article 47 de la Constitution. Le troisième alinéa de cet article donne au Gouvernement la faculté de mettre en œuvre, par ordonnance, les dispositions d'un projet de loi de finances lorsque le parlement ne s'est pas prononcé dans un délai de soixante-dix jours¹³. Faut-il préciser que, au regard de la pratique, cette faculté ne peut s'appliquer que lorsque le retard est imputable au parlement. En effet, par deux fois, il est arrivé que le budget de l'État ne soit pas voté à temps. Cette situation s'est produite en 1962 avec la dissolution de l'Assemblée nationale qui avait retardé le vote du budget¹⁴. La seconde fois concerne la circonstance de l'invalidation de la loi de finances pour 1980 par le Conseil constitutionnel¹⁵. La faculté donnée au Gouvernement ne pouvait pas s'appliquer à ces deux cas dans la mesure où le retard n'était pas imputable au parlement¹⁶. Plus concrètement, il faut que le parlement, soit par pure négligence, soit par acte de volonté, s'abstienne de voter un projet de loi de finances pendant le délai indiqué. Il s'agirait de ce fait d'un renoncement, volontaire ou involontaire, à l'important pouvoir parlementaire d'examiner les propositions du Gouvernement en matière budgétaire.

Une telle circonstance de fait est peu probable. Parmi les pouvoirs du parlement, la compétence budgétaire constitue, sinon le plus important, du moins le plus ancien de tous. En Grande-Bretagne, le début de la séparation des pouvoirs est souvent daté du début du XIII^e siècle avec la *Magna Carta* de 1215 qui exigeait le consentement du Conseil commun – l'ancêtre de la Chambre des Lords du futur parlement – pour lever tout « écuage ou taxe », sauf exception. Ce fut la plus importante compétence attribuée à ce parlement embryonnaire et ce pouvoir de voter le budget le reste aujourd'hui. Même dans la période de concordance des majorités présidentielle et parlementaire sous la V^e République, la compétence budgétaire ne peut être assimilée aux nombreux pouvoirs constitutionnels délaissés par le parlement. Cela dénote la haute importance de la matière budgétaire représentée pour le parlement qui refuserait ainsi de prendre le risque d'en être dessaisi.

12 J. BOUDON, *Manuel de droit constitutionnel tome 2 La Ve République, op. cit.*, p. 65.

13 La règle s'applique aussi concernant la loi de financement de la sécurité sociale. Mais contrairement à la loi de finances, le délai est de cinquante jours (article 47-1, alinéa 3, de la Constitution).

14 Le Gouvernement avait recouru à la possibilité, prévue à l'article 44 de l'ordonnance n° 59-2 du 2 janvier 1959 portant loi organique relative aux lois de finances (disposition reprise par l'article 45, alinéa 1^{er}, de la loi organique n° 2001-692 du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances), de « d'émettre un vote séparé sur l'ensemble de la première partie de la loi de finances de l'année ».

15 Décision n° 79-110 DC du 24 décembre 1979 sur la loi de finances de 1980, *JO* du 26 décembre 1979, p. 3259.

16 Le gouvernement avait alors convoqué le parlement en session extraordinaire pour demander l'autorisation à continuer à percevoir les impôts existants jusqu'au vote de la loi de finances de l'année en application d'une autre possibilité figurant toujours à l'article 44 de l'ordonnance n° 59-2 que reprend également l'article 45 de la loi organique du 1^{er} août 2001, précités.

Par ailleurs, tout retard imputable au parlement n'entraîne pas automatiquement le recours à cette disposition. Le Gouvernement possède en la matière une faculté et non un pouvoir lié. Il peut y avoir du retard par la faute du parlement sans que le Gouvernement juge utile d'utiliser la faculté de mettre en œuvre les dispositions du projet de loi de finances par ordonnance. Il en est ainsi lorsqu'il y a seulement quelques jours de retard pour mener à terme le débat parlementaire. Ainsi, en 1960 et 1961, le budget n'a été voté qu'au bout de soixante et onze jours, c'est-à-dire avec un jour de retard selon le délai exigé. Il faut donc bien comprendre le sens de ce pouvoir donné au Gouvernement. Cette disposition permet d'éviter que le refus éventuel du Parlement de voter le budget entraîne le blocage du système.

Au regard de ce qui précède, il peut arriver que des dispositions constitutionnelles n'aient réellement qu'une existence virtuelle lorsque leurs conditions de mise en œuvre paraissent irréalistes. Il en va de même lorsque l'établissement des circonstances de fait exigées procède de l'appréciation des organes d'application sans que ces derniers ne soient disposés à les déclarer réunies.

B. Les circonstances de fait subjectivement inconcevables

Dans cette hypothèse, l'improbabilité des circonstances de fait requises est subjective car reposant sur la volonté des organes d'application. À l'opposé du cas précédent, elle ne concerne pas la matérialisation des conditions de mise en œuvre. La réalisation des circonstances de fait exigées pour l'application est bien envisageable, mais il est moins certain que les organes d'application les déclarent réunies.

Afin de mieux saisir cette singularité, il convient de distinguer au sein des dispositions dont l'application est subordonnée à la survenance d'évènements qui ne sont pas programmés et qui peuvent *a priori* survenir à tout moment, voire ne jamais se produire. Cette distinction se fera selon un critère constitutionnel : l'existence ou non de pouvoir d'appréciation des organes d'application. Certaines circonstances de fait requises ne nécessitent aucune appréciation quant à leur établissement. Il en est ainsi, par exemple, de la vacance qui entraîne l'application de l'intérim du président de la République¹⁷. La vacance est une circonstance de fait objective car ne pouvant être que constatée, elle « est hors de doute »¹⁸. La vacance est un fait objectif qui ne laisse aucune faculté d'appréciation. Il en va ainsi, par exemple, du décès ou de la démission.

Cette catégorie de circonstances de fait illustrée par la vacance de la présidence de la République est à distinguer d'une autre dont la réalisation au sens de la Constitution requiert l'appréciation des organes d'application. À ce sujet, les conditions imposées pour la mise en œuvre des pouvoirs exceptionnels du Président au titre de l'article 16 de la Constitution sont édifiantes. Selon cet article, le président de la République peut prendre toutes mesures idoines lorsque « les institutions de la

17 Aux termes de l'article 7, alinéa 4, de la Constitution, « en cas de vacance de la présidence de la République pour quelque cause que ce soit [...] les fonctions de présidents de la République, à l'exception de celles prévues aux articles 11 et 12 ci-dessous, sont provisoirement exercées par le président du Sénat et, si celui-ci est à son tour empêché d'exercer ces fonctions, par le Gouvernement ».

18 J. BOUDON, *Manuel de droit constitutionnel tome 2 La Ve République*, op. cit., p. 73.

République, l'indépendance de la nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux sont menacées d'une manière grave et immédiate et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu ». Cette disposition ne s'applique que lorsque le président de la République déclare ces conditions exigées réunies¹⁹. En d'autres termes, les circonstances dans lesquelles elle s'applique sont soumises à l'appréciation du président de la République.

Alors que ces deux catégories de circonstances de fait relèvent de la contingence – dans la mesure où les conditions en question peuvent se réaliser à tout instant ou ne jamais survenir –, la seconde constitue plutôt une contingence qui est susceptible d'être manipulée. Cette manipulation peut se faire dans un double sens. D'une part, le pouvoir d'appréciation dont disposent les organes d'application en l'espèce leur permet, éventuellement, de conclure à la présence des circonstances de fait alors que leur réalisation ne serait pas vraiment effective. À cet égard, pour revenir sur l'exemple de l'article 16, le précédent de l'application des pouvoirs exceptionnels par le Général de Gaulle en 1961 en est une parfaite illustration. À l'époque, on pouvait admettre une menace grave et immédiate²⁰ pesant sur la République. D'ailleurs tels furent précisément les mots employés par le Président de Gaulle pour justifier le recours à l'article 16 dans son message au parlement le 25 avril 1961 : « La rébellion de certains chefs et éléments militaires, provoquée en Algérie par un complot contre l'État [...] fait peser sur les institutions de la République, l'indépendance de la nation et l'intégrité de son territoire une menace grave et immédiate »²¹. Le Général de Gaulle s'était ainsi limité à constater l'existence d'une menace grave et immédiate, alors que cette menace n'avait pas entraîné l'interruption du fonctionnement régulier des pouvoirs publics. Par conséquent, les conditions de mise en œuvre de l'article 16 n'étaient pas réunies²². Il en résulte que le pouvoir d'appréciation dont dispose le président de la République en la matière par la nature des circonstances de fait exigées lui permet d'arrêter leur établissement alors qu'elles ne le seraient pas vraiment.

L'inverse aussi est possible : la matérialisation des circonstances de fait exigées sans que les organes d'application ne daignent les déclarer établies. Le pouvoir d'appréciation dont disposent les organes d'application en la matière leur permet ainsi d'empêcher la mise en œuvre de la règle constitutionnelle. En effet, ils pourront toujours soutenir que les conditions exigées pour l'application ne sont pas réunies, alors que celles se seraient matériellement réalisées. Dans cette situation, la mise en œuvre des dispositions constitutionnelles concernées sera considérée comme improbable lorsqu'elle contraste avec les intérêts des organes d'application. Pour un exemple d'application improbable, on citera l'article 7, alinéa 4, relatif à l'intérim du président de la République à la suite d'un empêchement. La Constitution n'a pas énuméré les situations constitutives d'empêchement.

19 La loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 a inséré un sixième alinéa à l'article 16 qui permet désormais au président de l'Assemblée nationale, au président du Sénat, à soixante députés ou à soixante sénateurs de saisir le Conseil constitutionnel après trente jours d'exercice des pouvoirs exceptionnels aux fins d'examiner si les conditions exigées demeurent réunies.

20 Encore que même là, la qualification des faits ne fait pas l'unanimité. Selon S. PLATON, par exemple, « si la guerre d'Algérie et l'existence de mouvements factieux pouvaient effectivement passer pour constituer une menace grave pour les institutions de la République, cette menace, générale, ne pouvait guère être réellement considérée comme immédiate », S. PLATON, « Vider l'article 16 de son venin : les pleins pouvoirs sont-ils solubles dans l'état de droit contemporain ? », *RFDC*, 2008/5, p. 97-116.

21 *Discours et messages de Charles de Gaulle tome 2 Avec le renouveau 1958-1962*, Platon, 1970, p. 308.

22 Voir sur ce point O. DUHAMEL, « Le Pouvoir Majestueux Ch. de Gaulle, 23 avr. 1961 », in W. MASTOR, J. BENETTI, P. ÉGÉA, X. MAGNON (dir.), *Les grands discours de la culture juridique*, Paris, Dalloz, coll. « Grands discours », 2017, p. 198-202.

Il est entendu qu'il « peut résulter de n'importe quelle circonstance de fait – maladie, enlèvement, disparition, aliénation, etc. – par laquelle le président de la République se trouve dans l'impossibilité d'exercer ses fonctions »²³. L'empêchement est constaté par le Conseil constitutionnel sur saisine du Gouvernement. Ces deux organes – le Gouvernement et le Conseil constitutionnel – disposent donc d'une marge de manœuvre pour vérifier la réalité de l'empêchement. Depuis 1958, le président de la République n'a jamais été déclaré empêché, d'où l'absence d'application du régime de l'intérim dans ce sens. Néanmoins, cette absence formelle d'empêchement ne signifie nullement que le président de la République n'a jamais été réellement empêché sous la V^e République. Que l'on songe à ce sujet à « la santé très délabrée de Pompidou en 1974, atteint de la maladie de Waldenström, ou de Mitterrand en 1993-1995, frappé par un cancer »²⁴. En de telles circonstances, on était en droit de s'attendre à ce que le Gouvernement saisisse le Conseil constitutionnel pour qu'il *déclare*²⁵ l'empêchement du président de la République. Mais le Gouvernement n'avait pas jugé opportun de faire cette démarche et « il est probable que le Premier ministre serait toujours dans l'impossibilité, affective ou politique, de consentir à la saisine du Conseil constitutionnel »²⁶. Le Gouvernement qui doit apprécier les faits et se déterminer en fonction de la gravité de la situation n'a *a priori* aucun intérêt à ce que le président de la République soit déclaré empêché. Cet état de fait semble constant quelle que soit la période. En effet, « hors cohabitation c'est à peu près impensable et exclu en temps de cohabitation, sauf cas exceptionnel »²⁷.

Il en résulte que la mise en œuvre de l'intérim pour empêchement du président de la République est peu probable tant que le Gouvernement disposera d'un pouvoir discrétionnaire lui donnant la latitude de refuser de saisir le Conseil constitutionnel même si le Président est réellement empêché. Afin d'y remédier, Guy Carcassonne et Marc Guillaume proposaient de retirer au Gouvernement son rôle décisif dans l'application de ce dispositif et de mettre sur pied un régime de substitution permettant en quelque sorte au Conseil constitutionnel de s'auto-saisir, s'il y a lieu, pour constater l'empêchement du Président²⁸.

En somme, on peut considérer que l'application d'une disposition constitutionnelle est improbable lorsqu'il se trouve que les circonstances de fait exigées pour sa mise en œuvre sont neutralisantes en raison de leur nature ou de leur mode d'établissement : l'improbabilité est ainsi respectivement objective ou subjective. Cela est également valable dans l'hypothèse où la disposition constitutionnelle est soumise à une procédure d'application rédhibitoire.

23 G. CARCASSONNE et M. GUILLAUME, *La Constitution introduite et commentée*, Paris, Éditions du Seuil, 12^e éd., 2014, p. 75.

24 J. BOUDON, *Manuel de droit constitutionnel tome 2 La Ve République*, *op. cit.*, p. 74.

25 Selon la lettre constitutionnelle, le Conseil constitutionnel *constate* l'empêchement du président de la République. Mais cela ne correspond pas à la réalité car il est évident que le Conseil constitutionnel possède en la matière un pouvoir d'appréciation pour vérifier la matérialité ou non de l'empêchement. C'est ainsi que l'on préfère le terme « déclarer » au mot « constater » pour décrire l'action de l'institution.

26 G. CARCASSONNE et M. GUILLAUME, *La Constitution*, *op. cit.*, p. 76.

27 P. ARDANT et B. MATHIEU, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, LGDJ, 29^e éd., 2017-2018, p. 441.

28 Pour l'intégralité de la formule proposée par les auteurs, voir G. CARCASSONNE et M. GUILLAUME, *La Constitution introduite et commentée*, *op. cit.*, p. 76.

II. L'existence d'une procédure d'application rédhibitoire

Outre les circonstances de fait imposées, l'aménagement de la disposition peut également constituer un obstacle irrémédiable à sa mise en œuvre. À cet égard, on s'intéressera à la situation où la procédure d'application comporte des éléments susceptibles de neutraliser la règle constitutionnelle. On dira alors que les conditions de procédure sont rédhibitoires. C'est le cas notamment lorsque la procédure d'application est excessivement contraignante par rapport aux enjeux en cause (A). De même, la procédure de mise en œuvre pourrait être un obstacle lorsqu'elle prévoit l'intervention conjointe de plusieurs organes avec des intérêts différents (B).

A. Une procédure excessivement contraignante

Il est ordinaire que la règle juridique soit assortie d'une procédure d'application contraignante. Ce durcissement vise souvent à éviter d'éventuels abus dans la mise en œuvre de celle-ci. Cependant, ces contraintes procédurales sont susceptibles d'affecter l'intérêt de la disposition. Cette situation se vérifie en matière constitutionnelle lorsque les modalités de mise en œuvre d'une disposition sont excessivement draconiennes eu égard à ses enjeux peu ou pas incitatives.

Cette hypothèse de procédure neutralisante se retrouve dans le nouveau dispositif dit référendum d'initiative partagée inséré dans l'article 11 (alinéa 3)²⁹ par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008. Cette disposition institue, à côté du référendum d'initiative présidentielle prévu au premier alinéa du même article, un autre type de référendum, sur initiative parlementaire soutenue par des électeurs. Cette nouvelle formule fut accueillie avec beaucoup d'enthousiasme en ce sens qu'elle mit fin au monopole présidentiel en matière d'initiative concernant le référendum national³⁰. Désormais, en matière législative, les parlementaires peuvent décider de se dessaisir d'un sujet d'intérêt national au profit du peuple souverain en l'invitant à se prononcer par la voie d'un référendum. Ce dispositif revêt un tout autre avantage car il renforce les moyens d'action de l'opposition contre la majorité parlementaire en matière législative³¹. Ainsi, à défaut de pouvoir imposer ses vues à la majorité, l'opposition dispose désormais d'une arme démocratique lui permettant de se référer au peuple souverain en demandant, s'il y a lieu, l'organisation d'un référendum. Il en résulte que cette disposition emporte une véritable révolution institutionnelle.

29 Selon cette disposition, « un référendum [...] peut être organisé à l'initiative d'un cinquième des membres du parlement, soutenue par un dixième des électeurs inscrits sur les listes électorales. Cette initiative prend la forme d'une proposition de loi et ne peut avoir pour objet l'abrogation d'une disposition législative promulguée depuis moins d'un an ».

30 Avant 2008, tout référendum national était exclusivement d'initiative présidentielle. Voir articles 11, al. 1^{er} et 89, al. 2 de la Constitution de 1958.

31 Aux termes du cinquième alinéa de l'article 48 de la Constitution, « un jour de séance par mois est réservé à un ordre du jour arrêté par chaque assemblée à l'initiative des groupes d'opposition de l'assemblée intéressée ainsi qu'à celle des groupes minoritaires ». Cette disposition s'inscrit dans l'une des plus grandes innovations de la deuxième loi constitutionnelle de 2008 qui institue le statut de l'opposition. Celle-ci insère le nouvel article 51-1 de la Constitution qui exige que le règlement de chaque assemblée reconnaisse « des droits spécifiques aux groupes d'opposition de l'assemblée intéressée ainsi qu'aux groupes minoritaires ».

Néanmoins, « les chances de voir un jour organiser un référendum sur la base de cet article sont quasiment nulles »³². Tout simplement parce que la volonté du constituant d'instituer un référendum d'initiative autre que présidentielle s'accompagne de limites qui, en fin de compte, remettent en cause la pertinence même de cette réforme. En effet, la procédure de mise en œuvre de ce nouveau dispositif est longue et très exigeante, alors qu'il ne suffit pas de la suivre avec succès pour obtenir automatiquement l'organisation d'un référendum, de sorte que toute perspective d'application semble illusoire. L'aménagement de ce dispositif est tout simplement déroutant.

D'emblée, l'initiative du référendum doit être prise par au moins un cinquième des membres du parlement et soutenue par un dixième des électeurs inscrits sur les listes électorales, soit, en valeur exacte, 185 parlementaires³³ et 4,4 millions d'électeurs environ³⁴. Ces nombres de signatures parlementaires et de soutiens d'électeurs ne sont pas faciles à atteindre. On ajoutera que tout sujet ne suscite pas l'engouement propice à la satisfaction de telles exigences. En plus, une fois ces conditions réunies, l'initiative qui prend la forme d'une proposition de loi n'est soumise au référendum que si elle n'a pas été examinée par les chambres parlementaires dans « un délai de six mois à compter de la publication au Journal officiel de la décision du Conseil constitutionnel déclarant qu'elle a obtenu le soutien d'au moins un dixième des électeurs inscrits sur les listes électorales »³⁵. L'initiative parlementaire ayant obtenu le soutien suffisant d'électeurs ne débouche pas systématiquement sur un référendum. Ce dernier ne peut être organisé qu'à la condition que la proposition de loi n'ait pas été examinée « au moins une fois par chacune des deux assemblées »³⁶ dans le délai mentionné ci-dessus.

Les modalités de ce dispositif tant apprécié et dont l'applicabilité était très attendue³⁷ en rendent l'usage très improbable. La pertinence de cette disposition en tant qu'elle institue une nouvelle initiative de référendum est remise en cause. Les exigences sont rédhibitoires : si l'objectif des auteurs de l'initiative est d'aboutir à un référendum, ils doivent être sûrs d'obtenir le nombre de soutiens requis et s'assurer – paradoxalement – que le parlement n'examinera pas la proposition de loi. Ainsi, si le gouvernement et la majorité parlementaire « veulent empêcher le référendum, il leur suffit en effet de demander l'inscription de la proposition de loi à l'ordre du jour de chacune des deux assemblées puisqu'il suffit d'un simple “examen” pour qu'on ne puisse plus y procéder »³⁸.

32 P.-H. PRÉLOT, « L'initiative parlementaire-citoyenne de l'article 11 de la Constitution. Analyse du projet de loi organique n° 3072 portant application de l'article 11 de la Constitution déposé à l'Assemblée nationale le 22 décembre 2010 », *Constitutions*, 2011, p. 175.

33 Sous la V^e République, la Constitution (voir article 24, alinéas 3 et 4) fixe le nombre maximum de députés à cinq cent soixante-dix-sept et à trois cent quarante-huit par les sénateurs. Ces chiffres coïncident également avec le nombre de sièges effectivement pourvus dans chacune des deux assemblées.

34 Selon les chiffres de l'INSEE au 1^{er} mars 2015, voir <http://www.insee.fr/fr/themes/document.asp?ref_id=if23> (consulté le 27/04/2018).

35 Ce délai est fixé par la loi organique portant application de l'article 11 de la Constitution (art. 9), précitée, comme le préconise le cinquième alinéa de l'article 11 de la Constitution de 1958.

36 Voir art. 9 de la loi organique portant application de l'article 11 de la Constitution, *op. cit.*

37 La loi organique portant application ne sera votée que cinq ans après la réforme constitutionnelle de 2008 (Loi organique n° 2013-1114 du 6 décembre 2013 portant application de l'article 11 de la Constitution).

38 F. HAMON et M. TROPER, *Droit constitutionnel*, Paris, LGDJ, 38^e éd., 2017, p. 561.

L'éventualité que cette disposition soit utilisée un jour paraît exclue. En effet, comme le disent les auteurs, « on voit mal en effet pourquoi une minorité parlementaire se lancerait dans l'entreprise politiquement aléatoire et financièrement coûteuse que représente la collecte des soutiens d'un dixième des électeurs inscrits en sachant que même si ce seuil est atteint, le référendum pourra être empêché »³⁹.

Par ailleurs, ce raisonnement n'est valable que lorsque l'on considère que l'article 11, alinéa 3, de la Constitution met en place un nouveau type de référendum. Il est souvent entendu que cette disposition crée plutôt une nouvelle forme de proposition de loi qui peut aboutir à un référendum dans les circonstances déjà évoquées. De l'avis de Guy Carcassonne et Marc Guillaume, il « ne s'agit pas d'un référendum car si l'initiative réussit l'exploit de rassembler plus de quatre millions de signatures, cela ne lui donne droit qu'à ce que le Parlement en débattenne, et ce n'est qu'à défaut que le chef de l'État la soumet au peuple »⁴⁰. Au regard de cette conception, l'initiative parlementaire sur le fondement de cette disposition viserait au mieux l'organisation d'un référendum, au pire l'examen de la proposition de loi par le parlement. Or, « même s'ils ne sont nullement contraints d'adopter la proposition, les parlementaires y réfléchiront à plusieurs fois avant d'écarter une réforme qui aurait fait la preuve d'un soutien populaire réel »⁴¹. C'est dans ce sens uniquement que le recours à cette disposition est probable.

B. Une procédure nécessitant une collaboration problématique d'organes

Au-delà de la contrainte neutralisante, d'autres aspects de la procédure d'application peuvent aussi s'avérer rédhibitoires. Un cas particulier retiendra l'attention : la situation où l'application de la disposition nécessite la collaboration de plusieurs organes, alors qu'un tel concours apparaît « inexistant en fait »⁴².

Lorsque la concrétisation d'une règle juridique requiert l'accord de deux entités, un double scénario est envisageable en pratique. Premièrement, il est possible que les organes de concours trouvent, l'un et l'autre, intérêt dans la mise en œuvre de la règle juridique. En matière constitutionnelle, il en est ainsi lorsque les organes également associés à l'application d'une disposition appartiennent au même camp politique. Ainsi, l'alinéa premier de l'article 89 de la Constitution octroie au président de la République l'initiative de la révision – concurremment aux membres du Parlement bien sûr –, mais cette faculté présidentielle ne peut être utilisée que sur proposition du Premier ministre⁴³. Autrement dit, sur ce cas précis, l'initiative de la révision nécessite l'accord des deux têtes de l'exécutif. En fait, cette collaboration nécessaire ne pose manifestement pas de difficulté dans la mise en œuvre de la règle constitutionnelle concernée : les 24 révisions constitutionnelles adoptées

39 *Ibidem*.

40 G. CARCASSONNE et M. GUILLAUME, *La Constitution*, *op. cit.*, p. 101.

41 *Ibidem*.

42 É. LEMAIRE, « La procédure accélérée ou la regrettable normalisation d'une procédure dérogatoire », Billet JP Blog du 5 juillet 2017, disponible sur blog.juspoliticum.com.

43 Aux termes de l'article 89, alinéa 1^{er}, de la Constitution de 1958, « L'initiative de la révision de la Constitution appartient concurremment au président de la République sur proposition du Premier ministre et aux membres du Parlement ».

à ce jour ont été initiées par le président de la République⁴⁴. Hormis les trois épisodes de cohabitation⁴⁵, le chef de l'État et le Premier ministre ont toujours appartenu au même bord politique sous la V^e République par l'effet de la concordance des majorités présidentielle et parlementaire. Deuxièmement, il arrive que cette collaboration d'organes requise se réduise à une simple hypothèse de sorte que l'emploi de la règle juridique concernée soit improbable.

Concernant ce dernier cas de figure, l'action conjuguée des Conférences des présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat pour s'opposer à l'engagement de la procédure accélérée⁴⁶ au titre de l'article 45 de la Constitution est édifiante. Plus clairement, cette disposition donne aux Conférences des présidents la faculté de refuser conjointement le déclenchement de la procédure accélérée. Cette prérogative qui découle de la révision constitutionnelle de 2008⁴⁷ n'a jamais été utilisée et son inapplication peut sembler surprenante, voire paradoxale. En effet, elle était destinée à mettre un terme à l'usage manifestement abusif de la procédure d'urgence – l'ancienne appellation – par le Gouvernement. Pourtant, cette pratique qui avait été dénoncée par les parlementaires de toutes obédiences confondues⁴⁸ n'a pas disparu. En effet, « sous la XIV^e législature, ce sont ainsi 216 des 449 textes définitivement adoptés par le Parlement qui ont fait l'objet d'une procédure accélérée, soit près d'un texte sur deux – souvent les plus importants »⁴⁹, sans que cette arme parlementaire ne soit employée. La XV^e législature connaît aussi cette pratique : 52 des 93 lois promulguées au 30 novembre 2018 ont été adoptées selon cette procédure⁵⁰.

L'inefficacité totale de cette faculté donnée au parlement pour s'opposer au recours excessif à la procédure accélérée n'est pas sans rapport avec les conditions de sa mise en œuvre : son application requiert – cela a été dit – l'action conjointe des Conférences des présidents. Pour utiliser cette arme, les deux organes en question doivent être concomitamment d'accord. Or, la logique institutionnelle de la V^e République marquée par le fait majoritaire⁵¹ réduit à une pure hypothèse cette éventuelle opposition conjointe au Gouvernement. Le fait majoritaire « postule la solidarité entre

44 La procédure de révision constitutionnelle actuellement en cours (09/12/2018) relève aussi de l'initiative du président de la République. Le projet de loi constitutionnelle pour une démocratie représentative, responsable et efficace adopté en Conseil des ministres le 9 mai 2018 a été enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le même jour sous le n° 911.

45 Sous la V^e République, il y a eu trois périodes de cohabitation : 1986-1988, 1993-1995 et 1997-2002.

46 La procédure accélérée est la nouvelle appellation de l'ancienne procédure d'urgence depuis la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008. Il s'agit d'un dispositif permettant au Gouvernement d'obtenir, le cas échéant, que le parlement légifère plus rapidement. Ainsi, le Premier ministre peut, en cas de désaccord entre les deux assemblées sur un projet ou une proposition de loi et après seulement une lecture – au lieu de deux lectures selon la procédure normale –, « provoquer la réunion d'une commission mixte paritaire chargée de proposer un texte sur les dispositions restant en discussion ». Sur les délais d'utilisation de cette procédure, le Conseil constitutionnel considère dans une décision du 29 juin 2009 que le Gouvernement peut, postérieurement au dépôt du texte, « faire part à tout moment de sa décision d'engager [la procédure accélérée] dès lors que les deux Conférences des présidents sont en mesure, avant le début de l'examen du texte en première lecture, d'exercer la prérogative que leur reconnaît l'article 45 de la Constitution (Décision n° 582 DC, considérant 15). Depuis 2008, les Conférences de présidents des deux assemblées agissant conjointement peuvent s'opposer à l'utilisation de cette procédure accélérée par le Gouvernement. Pour une analyse approfondie sur la procédure accélérée, voir spécialement C. VINTZEL, *Les armes du gouvernement dans la procédure législative*, Paris, Dalloz, coll. « Bibliothèque parlementaire et constitutionnelle », 2011, p. 578 à 581.

47 Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V^e République, *JO* n° 0171 du 24 juillet 2008, p. 11890.

48 Le Comité Balladur indiquait que « cette pratique [...] est critiquée de manière récurrente par les présidents des deux assemblées [parlementaires] », *Rapport du Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V^e République*, La documentation française, 2007, p. 35.

49 É. LEMAIRE, « La procédure accélérée ou la regrettable normalisation d'une procédure dérogatoire », art. cité.

50 Source : www.assemblee-nationale.fr (consulté le 20/12/2018).

51 Le fait majoritaire désigne « l'existence d'une majorité parlementaire stable soutenant le gouvernement pendant toute une législature », B. FRANÇOIS, *Les mots-clés du droit constitutionnel*, Dalloz, coll. « À savoir », 2017, p. 79. Le phénomène majoritaire est apparu en 1962 à la suite de la dissolution de l'Assemblée nationale par le Général de Gaulle. Pour une étude complète sur la question, voir J. BENETTI, *Droit parlementaire et fait majoritaire à l'Assemblée nationale sous la V^e République*, Paris 1, thèse, 2014, 467 p.

le Gouvernement et sa majorité »⁵². La relation de solidarité en question implique que les députés de la majorité soutiennent le Gouvernement⁵³ et qu'ils fassent montre d'une certaine discipline. Cette attitude attendue de l'Assemblée nationale en période de fait majoritaire n'exige pas d'elle le renoncement à ses pouvoirs. Seulement, l'exercice de ces derniers doit se faire conformément à la logique majoritaire qui veut que le Gouvernement et sa majorité agissent ensemble. En ce sens, les députés de la majorité sont associés à l'action du Gouvernement. En matière législative, par exemple, « la majorité est associée, tant au stade de l'initiative de la discussion, à la rédaction des textes de loi »⁵⁴. Cette collaboration permet aux députés de la majorité, le cas échéant, de marquer leur désaccord en amont vis-à-vis de telle ou telle mesure préconisée par le Gouvernement. La discussion interne – au sein de la majorité – est ainsi préférée à l'opposition spectaculaire telle qu'autorisée par la règle constitutionnelle. Dans cette logique institutionnelle, sauf dérèglement du fait majoritaire⁵⁵, la défiance est bannie dans toutes ses formes. Ainsi, la Conférence des présidents étant le reflet de la représentativité de l'Assemblée nationale dans sa composition et son fonctionnement⁵⁶, il n'est pas envisageable qu'elle accepte de s'opposer ouvertement au souhait du Gouvernement d'engager la procédure accélérée en période de fait majoritaire. Or l'abstention de la Conférence des présidents de l'Assemblée nationale suffit à neutraliser la faculté parlementaire de refuser le déclenchement de la procédure accélérée. En juin 2014, par exemple, une initiative de la Conférence des présidents du Sénat visant à appliquer cette prérogative parlementaire n'avait pas rencontré l'accord de la Conférence des présidents de l'Assemblée nationale⁵⁷. C'est dire qu'« au regard de la distance généralement plus grande qu'il conserve à l'égard du Gouvernement et du fait majoritaire »⁵⁸, le Sénat est plus disposé à prendre l'initiative de s'opposer à l'utilisation de la procédure accélérée, mais il ne peut agir seul utilement. L'accord de l'Assemblée nationale est nécessaire, alors qu'il est improbable que cette dernière s'oppose au Gouvernement en période de fait majoritaire. Il en résulte que cette faculté donnée aux Conférences de présidents de s'opposer conjointement au déclenchement de la procédure accélérée est « une précaution parfaitement illusoire »⁵⁹.

Par ailleurs, il n'est pas certain que l'application de cette disposition constitutionnelle soit plus probable en l'absence de majorité à l'Assemblée nationale. En effet, la Conférence des présidents étant un organe collégial, le défaut de majorité rend plus difficile la prise de décision. Ainsi, certes le fait majoritaire neutralise la faculté parlementaire de s'opposer à l'utilisation de la procédure accélérée, mais il n'en serait pas le seul obstacle. L'action conjointe requise pour l'application de cette règle constitutionnelle est tout simplement impraticable.

52 J. BENETTI, « L'impact du fait majoritaire sur la nature du régime (Réflexions sur le régime parlementaire de la V^e République) », *LPA*, 10 juillet 2008, p. 22.

53 Jean-Claude COLLIARD considère que le fait majoritaire a donné naissance à une nouvelle fonction du parlement qui détermine ses fonctions classiques : la fonction de soutien du Gouvernement, J.-C. COLLIARD, « Comment renforcer la fonction de contrôle du Parlement », in *La révision de la Constitution*, Fondation Jean-Jaurès, 1994, p. 23.

54 *Ibid.*, p. 23.

55 On peut imaginer une crise au sein du parti ou de la coalition majoritaire. En Grande-Bretagne, cela a pu entraîner la démission du Premier ministre. En 1990, Margaret Thatcher s'était retirée à cause des divisions à l'intérieur du Parti conservateur. Le fait majoritaire peut aussi être mis à mal par une fronde parlementaire. Pour un exemple récent, on peut citer la fronde socialiste à la fin de la XIV^e législature.

56 Aux termes de l'article 47, paragraphe 3, du Règlement intérieur de l'Assemblée nationale « Dans les votes émis au sein de la conférence sur les propositions qui lui sont soumises par ses membres, il est attribué aux présidents des groupes un nombre de voix égal au nombre des membres de leur groupe après défalcation des voix des autres membres de la conférence ».

57 P. AVRIL, J. GICQUEL, J.-É. GICQUEL, *Le droit parlementaire*, Paris, LGDJ, 5^e éd., 2014, p. 254.

58 A. de MONTIS et P. JENSEL MONGE, « Le Sénat et le renouveau de l'article 41 de la Constitution », *RFDC*, 2017, p. 869.

59 J. BENETTI et O. DUHAMEL, *La Constitution et ses grands articles commentés*, Dalloz, coll. « À savoir », 2017, p. 94.

En définitive, le texte constitutionnel comprend des dispositions qui n'ont qu'une existence virtuelle, leur application n'étant pas prévue. Cette improbabilité résulte de deux facteurs. Le premier facteur est relatif aux conditions matérielles de mise en œuvre. La concrétisation de certaines dispositions exige la survenance de circonstances de fait déterminées. On parlera de dispositions en réserve car elles prévoient des solutions à d'éventuelles situations. À cet égard, il convient de distinguer entre les dispositions réellement en réserve – « celles dont il est certain qu'elles seraient mises en œuvre si leurs conditions d'application étaient réunies⁶⁰ » – et les dispositions formellement en réserve – « celles dont il est probable qu'elles ne serviront jamais⁶¹ » –, pour reprendre la distinction de Pierre Mouzet⁶². Quant au second facteur de l'improbabilité, il tient à la procédure d'application. La procédure de mise en œuvre peut être rédhibitoire : il en va ainsi lorsqu'elle comporte des contraintes excessives affectant l'intérêt de la règle constitutionnelle ou lorsqu'elle prévoit l'intervention conjointe de plusieurs organes n'ayant pas les mêmes intérêts. Sur ce cas, le constituant n'a pas su concilier la nécessité de prévenir les abus qui pourraient avoir une répercussion néfaste sur les relations entre les institutions et l'importance de préserver l'efficacité de la règle constitutionnelle.

Globalement, l'improbabilité dénote une situation juridique apparemment anormale : certaines dispositions figurant dans le texte constitutionnel pourraient ne jamais s'appliquer. On se demande alors si l'improbabilité ne constitue pas une lacune juridique dans le sens de la *lex imperfecta*⁶³. L'hypothèse de la procédure d'application rédhibitoire peut être considérée en effet comme une imperfection de la règle constitutionnelle. Elle montre que les modalités de mise en œuvre ne sont pas adéquates et devraient donc être révisées. La situation est différente concernant l'exigence de conditions matérielles improbables. Les règles constitutionnelles en question demeurent utiles malgré leur inapplication. La réalisation des circonstances de fait exigées est seulement improbable, elle n'est pas impossible.

60 On peut penser à la possibilité de retrait de candidat avant le second tour de l'élection présidentielle qui est la condition pour qu'on candidat moins bien placé à l'issue du premier tour puisse rejoindre la compétition.

61 Que l'on songe à ce sujet à l'éventualité d'appliquer l'intérim présidentiel en cas d'empêchement du président de la République avec le rôle du Gouvernement dans la mise en œuvre de ce dispositif.

62 P. MOUZET, « Les dispositions non appliquées de la Constitution », in P. JAN (dir.), *La Constitution de la Ve République Réflexions sur un cinquantenaire*, op. cit., p. 200.

63 Voir P. AMSELEK, « À propos de la théorie kelsénienne de l'absence de lacunes dans le droit », *Cahiers de philosophie politique et juridique de l'Université de Caen*, 1990, vol. 17, p. 144.

CHAPITRE II

LES RAISONS DE L'APPLICATION DU DROIT

LE DROIT FACE À LA VIOLENCE : L'INAPPLICATION DU DROIT HUMANITAIRE

Marie-José DOMESTICI-MET¹

Résumé

L'inapplication du droit international humanitaire est un problème majeur, dont les conséquences tragiques sont régulièrement relayées dans les médias. Ces violations affectent les diverses composantes du droit humanitaire et aggravent encore les conditions déjà difficiles des personnes victimes de conflits. Sur un plan juridique, elles traduisent des atteintes à des normes d'une importance fondamentale, et qui peuvent être qualifiées d'impératives. Pour endiguer ces violations, le droit et les acteurs humanitaires multiplient les stratégies. Leur étude permet alors de comprendre la complexité de la question de l'inapplication du droit et l'impossibilité de la réduire à un phénomène binaire.

Abstract

The failure to implement international humanitarian law is a major problem, the tragic consequences of which are regularly reported in the media. These violations affect the various components of humanitarian law and further aggravate conditions of persons affected by conflicts. From a legal point of view, they reflect breaches of standards of fundamental importance, which can be qualified as peremptory. To limit these violations, the humanitarian actors use multiple strategies, which permit to understand the complexity of the question of the non-application of the law and the impossibility of reducing it to a binary phenomenon.

¹ Professeur émérite, Aix-Marseille Université, Université de Toulon, Université de Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, Aix-en-Provence, France.

La guerre peut-elle obéir à un droit quelconque ? L'idée selon laquelle elle se développerait dans le non-droit est particulièrement répandue. C'est en tout cas ce que beaucoup de personnes interrogées, notamment beaucoup d'enfants des collèges, à qui sont proposés des cours d'initiation aux principes humanitaires, considèrent comme normal². La guerre, c'est la guerre ! Dès lors, si, d'aventure, un droit lui est applicable – et c'est le cas du droit international humanitaire –, nulle surprise qu'il ne soit pas exécuté à la lettre. Le Droit humanitaire semblerait *a priori* fournir le champ idéal pour une étude sur l'inapplication du droit. L'inapplication du Droit international humanitaire (ci-après DIH) est, en effet, un problème majeur d'aujourd'hui, au point que le grand public s'en émeut largement, pour la Syrie par exemple, même si bien d'autres crises témoignent du même phénomène.

Pourtant, on doit commencer par encadrer le sujet avec précautions : quelle est la problématique commune de cette recherche ? Et qu'est-ce que ce droit humanitaire soumis au présent examen ?

Il faut, tout d'abord bien prendre la mesure de ce que signifie l'application du droit humanitaire. Sans même qu'il y ait inexécution, on peut parler d'un droit qui tolère la violence jusqu'à un certain point. « Un droit dans la guerre »³, le « *jus in bello* » est une *lex specialis* nécessairement dérogatoire par rapport au droit à la vie. Humaniser la guerre, ce n'est pas la prohiber. C'est pourquoi Henry Dunant lui-même se désolait de l'incompréhension qui avait conduit à lui décerner le Prix Nobel de la Paix⁴ ! Dans la guerre, le droit humanitaire tolère la mort, l'élimination de l'ennemi. En ce sens, il est moins prohibitif que le droit des droits de l'homme⁵. Mais – et toute sa spécificité est là – s'il n'interdit pas la violence, ce droit veut l'humaniser en créant plusieurs statuts d'immunité, soit absolue – pour ceux qui se tiennent en dehors des hostilités – soit relative – pour les combattants qu'il ne faut pas tuer n'importe quand et à qui on ne doit pas infliger n'importe quelle souffrance. En effet, l'approche superficielle, véhiculée par les commentaires de l'actualité, au sujet de la violation du droit humanitaire ramène souvent celle-ci au fait de tuer les civils. La réalité est plus complexe, car le droit humanitaire peut être violé sans qu'un seul civil ne soit tué⁶ ; tandis que des civils peuvent être tués sans que le droit humanitaire ne soit violé. Il peut être licite de tuer un certain nombre de civils, autour d'un objectif militaire licite, même si les civils en question se tiennent véritablement en dehors du combat. Plus surprenant encore, il existe un principe de proportionnalité : le nombre de victimes civiles « collatérales » acceptable est à la mesure de l'importance de l'objectif militaire ciblé. Pour les environs d'un objectif militaire très important, le nombre de civils dont l'élimination ne constitue pas une violation du droit humanitaire⁷ est plus élevé que pour un objectif de moindre valeur militaire. Ceci peut apparaître profondément choquant pour qui ne s'est pas plongé dans l'atmosphère du droit humanitaire ; mais ce point devait être posé.

2 Témoignage des étudiants de l'Institut d'études humanitaires internationales impliqués dans cette opération de diffusion en 2015 et 2016.

3 Selon l'intitulé de l'ouvrage de Marco Sassoli et Antoine Bouvier « *Un droit dans la guerre ?* », CICR, Genève, 2003.

4 Il en a été le premier récipiendaire en 1901.

5 D'où l'intérêt actuel de la doctrine, des juridictions internationales, des Nations unies et du CICR pour l'application du droit international des droits de l'homme dans le cadre des conflits. Les Protocoles additionnels établissent le lien.

6 En cas de mauvais traitements infligés aux prisonniers, par exemple.

7 On envisagera plus loin la formule « crime de guerre ».

De plus, la problématique soumise à l'examen dans le présent ouvrage se présente, dans le cas du droit humanitaire, de façon assez particulière par rapport à d'autres secteurs. Tout d'abord, il est assez difficile de parler de marginalité de l'inapplication, tant les violations sont nombreuses. Ceci a, d'ores et déjà, conduit à des conséquences fortes, allant jusqu'à des interrogations quant à la pertinence de l'application du droit humanitaire dans les conflits d'aujourd'hui ; on y reviendra plus loin. En second lieu – et toujours pour situer le droit humanitaire par rapport à la problématique de l'ouvrage –, on ne peut pas identifier nettement des personnes qui seraient responsables de l'application du droit, d'une part, et, d'autre part, des justiciables s'abstenant de faire valoir leurs droits. Toute personne participant aux hostilités porte la responsabilité d'appliquer le DIH⁸. Et l'on observe, par ailleurs, que le DIH ne garantit pas précisément des droits, même s'il offre une protection⁹, terme au demeurant polysémique comportant plusieurs acceptions, strictes ou plus larges, ainsi que l'on verra plus loin. Enfin, le contentieux – qui est un des termes de référence proposés à notre analyse – est, en matière de droit humanitaire, essentiellement répressif : il n'est pas initié par les victimes et ne comporte aucune possibilité d'injonction.

Pour le dire de manière synthétique, la présente étude est loin de se présenter comme aisée, car le sujet est tout en nuances. Fort heureusement, le point essentiel de la problématique de l'inapplication du droit trouve tout son sens à propos du droit humanitaire : le non-respect – fait de multiples violations – n'est qu'une partie des cas d'inapplication.

L'inapplication du droit humanitaire sous forme de non-respect est désormais un fléau reconnu (I), face auquel sont développées des stratégies dirigées dans plusieurs directions, dont, parfois, des formes d'inapplication censées être compatibles avec la protection (II).

I. Le non-respect du droit international humanitaire, un fléau reconnu

Constater que le droit humanitaire est violé est chose commune. Mais ce constat ne suffit pas. On se doit d'aller au-delà de l'aspect quantitatif. Il faut analyser le phénomène du non-respect dans son contenu – qui s'avère multiforme, car résultant de violations diverses des principales normes concernées – et dans sa portée juridique – qui est d'une particulière gravité et en fait un phénomène potentiellement criminel. De trop nombreuses violations sur les principaux axes du droit humanitaire (A) conduisent à un non-respect d'une particulière gravité (B).

A. Des violations qui affectent les principaux axes du DIH

Deux voies de protection – au sens large – sont apparues dès le début de l'« ère dunantienne » : l'assistance et l'immunité des victimes – cette dernière étant parfois désignée comme la « protection », au sens strict. On sait qu'Henry Dunant, sur le champ de bataille de Solferino, puis dans le village

⁸ Et peut être condamnée si certains actes sont caractérisés.

⁹ Parmi les quatre conventions de 1949, seule la quatrième comporte ce terme dans son intitulé. Mais, dans les autres conventions, le terme apparaît également, par exemple aux articles 12 et 13 de la première et la deuxième convention de Genève.

voisin de Castiglione, a porté secours aux soldats blessés. Ce n'était pas un secours médical qualifié, mais plutôt quelques gestes de base accomplis dans un esprit de profonde compassion¹⁰. Mais, il a expliqué dans *Un souvenir de Solférino*¹¹ que, dès qu'il s'est agi de transfert dans un hôpital, il a dû lutter pour faire admettre sa vision par les paysannes de Castiglione qu'il avait engagées dans cette action de secours. En effet, l'idée que tous les soldats – même *hors de combat* – des trois armées impliquées dans la bataille avaient le même titre à être soignés n'allait pas de soi¹². L'idée qu'aucun blessé n'était un ennemi et que tous devaient avoir un même accès aux soins médicaux a été le premier apport conceptuel d'Henry Dunant : le soldat blessé est une personne protégée. Il est mis à l'abri des hostilités par ce que l'on appellera une sorte de « bulle » juridique qui interdit de le frapper, l'achever ou l'abandonner.

L'évolution ultérieure vers le schéma actuel du droit humanitaire – celui-là même dont on va évoquer les violations – s'est faite par un enrichissement dans deux directions, tandis que le contexte lui-même se modifiait également.

Premièrement, le socle de base s'est élargi, par une extension des catégories de personnes bénéficiant de la « bulle » : soldats malades, naufragés, prisonniers de guerre, et, enfin personnes civiles.

Deuxièmement, au mécanisme statique de la « bulle » de protection s'est ajoutée une approche opérationnelle qui veut éviter aux civils la situation de victime, en proscrivant certains modes de conduite des hostilités¹³. Pour garantir le respect de « la »¹⁴ distinction majeure entre combattants et civils – censés ne pas combattre –, le droit humanitaire a forgé des concepts opératoires.

Et, troisièmement, le DIH a pris en compte l'évolution politique de la conflictualité en incluant des dispositions sur les conflits non internationaux. Mais l'attachement des États à leur souveraineté n'a pas permis d'aligner le régime desdits conflits sur celui des conflits internationaux. Il ne comporte pas la catégorie « combattant », alors qu'il accorde une protection croissante aux populations civiles.

Mais le contexte, lui-même, continue d'évoluer, amenant le droit humanitaire à être toujours « en retard d'une guerre ». Ce droit a pris en compte, progressivement, les conflits non internationaux, les mouvements de résistance, les guerres de libération nationale, mais il est aujourd'hui face à d'autres types de conflictualité qui représentent un défi immense pour son respect¹⁵. Les violations seront examinées sans prétention à l'exhaustivité, et à la lumière de quelques outils qui ont été mis en place pour les éviter. Elles touchent principalement les trois axes du dispositif humanitaire mentionnés : immunité (1), assistance (2) et conduite des hostilités (3).

10 Mettre à l'abri, faire un pansement, étendre sur un matelas de fortune, éponger un front en sueur, donner à boire, tenir la main...

11 Qu'il a publié en 1862, soit trois ans après la bataille.

12 Aux yeux des habitantes de Castiglione, il y avait les « leurs », les Piémontais luttant pour une Italie débarrassée de la présence autrichienne et, accessoirement, les alliés français. Les blessés autrichiens n'avaient, pensaient-elles, pas vocation à être transportés dans un hôpital piémontais.

13 Apparue lors des Conférences de La Haye en 1899 et 1907, cette approche s'épanouit dans le Protocole additionnel I de 1977.

14 Les guillemets traduisent l'habitude, courante au CICR, de dire « la distinction » tout court.

15 Sur ce point, voir, par exemple N. K. MODIRZADEH, « Période sombre pour le droit international applicable aux conflits armés : un appel à l'engagement », in « Générer le respect du droit », *Revue internationale de la Croix Rouge*, vol. 96 Sélection française, 2014/3 et 4, p. 57-70.

1. *La violation de l'immunité des personnes protégées*

En plus de 600 articles, le droit humanitaire dit – notamment – que les blessés ne doivent être ni achevés ni délaissés, que les prisonniers de guerre ne sont pas un butin personnel de leurs détenteurs et doivent être traités selon leur grade et, encore que les personnes civiles ne doivent pas être l'objet d'attaques... Cette protection de la vie et de la dignité des personnes opère comme si elle isolait chacun des menaces qui le concernent ; d'où l'image de la bulle. Mais, celle-ci n'est, pourrait-on dire de manière – là aussi – imagée, *que virtuelle parce que juridique*. Elle nécessite le respect des prohibitions et prescriptions par les destinataires. Elle ne protège que si les normes sont respectées. Dans le schéma du conflit armé international, toute la hiérarchie militaire doit tendre à la faire respecter. Mais, dans une situation de violence désorganisée, la « bulle » n'est intacte que si ceux qui sont en position de nuire décident eux-mêmes de se censurer, ce qui n'est pas acquis.

L'inexécution est diffuse, car le DIH oblige tous ceux qui combattent ; dès lors nombreux sont ceux qui doivent le respecter, et nombreux sont ceux qui ne le respectent pas. Les violations du droit humanitaire, sont, en un temps donné, extrêmement diverses selon les acteurs. Chacun méconnaît le droit humanitaire à sa manière.

Son premier avatar est la violation du droit humanitaire par le simple combattant. L'inexécution est instinctive, car le droit humanitaire contrarie certains instincts, la pulsion de mort, par exemple, ou l'instinct de vengeance¹⁶. La guerre fait sauter les barrières, elle engendre une perte des repères. Des études ont été menées sur le comportement de soldats réguliers¹⁷. Mais, de plus, même normalement encadré, le soldat qui se retrouve dans la position de celui qui a déjà donné la mort, ou de celui qui vient d'échapper à la mort, ou encore dans celle de celui qui a perdu des compagnons sous les coups de l'ennemi est capable d'actes que rien, dans sa vie antérieure, n'aurait pu laisser présager. Le chef militaire qui exerce un « commandement responsable » a un rôle important à jouer, au-delà de la tactique : conserver l'humanité de ses hommes, qui ne doivent pas devenir des « tueurs »¹⁸. Dans d'autres hypothèses, le fait qu'un conflit implique des groupes non intégrés dans un corps professionnel et composés de personnes habituées à une vie rustique et difficile peut conduire à un comportement globalement très violent.

La violation du droit humanitaire par les chefs militaires eux-mêmes a un effet démultiplié. Une forme – hélas pratiquée dans beaucoup d'armées, mais aujourd'hui rarement ouvertement – est de ne pas faire de prisonnier et de tuer, au contraire, tous les ennemis qui tombent en leur pouvoir. Une armée qui a fait beaucoup de prisonniers peut être tentée – précisément parce qu'elle sait les

16 Selon Éric David, « la vengeance constitue un ressort classique et puissant des violations du droit des conflits armés » (É. DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, éd. Bruylant, 2012, p. 997).

17 Voir E. DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, éd. Bruylant, 2012 ; M. HAROFF-TAVEL, « La promotion du droit international humanitaire par le CICR : histoire et perspectives d'avenir », in « Générer le respect du droit », *Revue internationale de la Croix Rouge*, vol. 96 Sélection française, 2014/3 et 4, p. 93-133.

18 « L'efficacité opérationnelle [...] n'est que l'un des aspects de la mise en œuvre d'un commandement "responsable". Dans la mesure où le terme est un corollaire incontournable du respect du DIH [...], seules les unités fondées sur cette conception particulière de la discipline sont en mesure de satisfaire aux objectifs complémentaires que sont l'efficacité militaire et le respect des normes humanitaires » (G. S. CORN, « Réflexion sur la notion de commandement responsable » in « Générer le respect du droit », *Revue internationale de la Croix Rouge*, vol. 96 Sélection française, 2014/3 et 4, p. 157).

exigences du statut des prisonniers de guerre – de ne pas en faire. Une variante s'exprime par l'ordre « pas de quartier », prohibé par le droit humanitaire¹⁹.

Enfin, au-delà de la violence instinctive, il faut mentionner celle qui fait suite à une incitation à la haine pour faciliter l'adhésion au combat. Sans même évoquer la Radio Mille Collines du Rwanda²⁰, le dénigrement systématique de l'adversaire peut être le fait de tous les pays²¹.

2. *Le non-respect de l'assistance aux personnes protégées*

a) *La base juridique de l'assistance aux personnes protégées* réside dans les Conventions et Protocoles. Les dispositions sur ce point ont évolué. Centrées d'abord sur l'acheminement²², elles ont acquis ensuite une portée plus large concernant le principe même des secours :

« lorsque la population civile d'un territoire sous le contrôle d'une partie au conflit [...] est insuffisamment approvisionnée [...] des actions de secours de caractère humanitaire et impartial [...] seront entreprises, sous réserve de l'agrément des Parties concernées [...]. Les offres de secours remplissant les conditions ci-dessus ne seront considérées ni comme une ingérence dans le conflit armé, ni comme des actes hostiles²³. »

Et l'éventail des prestations autorisées s'est élargi, en ce qui concerne la population générale²⁴, du secteur strictement médical et spirituel²⁵ à « la fourniture de vêtements, de matériel de couchage, de logements d'urgence, des autres approvisionnements essentiels à la survie de la population civile »²⁶.

Enfin, le personnel humanitaire fait, depuis 1977, l'objet d'une mention à l'article 71 du P.A. 1²⁷ et, s'il s'agit de personnel intervenant dans les secours médicaux²⁸, il bénéficie d'une immunité expressément prévue.

Pourtant, la réalisation effective des opérations de secours reste, dans les textes, suspendue à une autorisation, qui semble obligatoire parce que prévue dans une phrase au futur – « accordera », « seront entreprises sous réserve de l'agrément » –. Pire, en cas de conflit non international de

19 Article 40 du Premier Protocole additionnel aux Conventions de Genève, 8 juin 1977 (ci-après P.A.1).

20 Radio qui émettait des messages de haine contre les Tutsis, autour du thème « ils reviennent pour nous tuer, agissons avant ».

21 La France pendant la Première Guerre mondiale motivait ses soldats en mettant en scène la « barbarie allemande » par opposition à la « générosité française » (série de cartes postales d'époque montrant un soldat allemand achevant un blessé français... et un soldat français abreuvant un blessé allemand).

22 « Chaque Haute partie contractante accordera le libre passage... », article 23 de la quatrième Convention de Genève, 12 août 1949 (ci-après C.G. IV).

23 Article 70 du P.A.1, 8 juin 1977.

24 Dans la quatrième Convention de Genève de 1949, seuls les « enfants de moins de quinze ans, les femmes enceintes ou en couches » étaient envisagés comme destinataires de « vivres indispensables ».

25 L'article 23 de la C.G. IV, 12 août 1949 se borne à envisager, pour la population générale « tout envoi de médicaments et de matériel sanitaire, ainsi que des objets nécessaires au culte ».

26 Article 69 du P.A.1, 8 juin 1977.

27 « En cas de nécessité, l'aide fournie [...] pourra comprendre du personnel de secours, notamment pour le transport et la distribution [...]; la participation de ce personnel sera soumise à l'agrément de la Partie sur le territoire de laquelle il exercera son activité ». Article 71 du P.A.1, 8 juin 1977.

28 Article 15 du P.A. 1, 8 juin 1977.

haute intensité, lorsqu'une partie du territoire échappe à l'autorité de l'État, l'autorisation de porter assistance doit tout de même émaner des autorités étatiques ! On a là une cause majeure et récurrente de privation d'assistance. En Afghanistan, à l'époque de la présence soviétique, le CICR dut attendre de 1979 à 1986 pour obtenir l'autorisation de travailler, sans laquelle il n'entreprend pas d'opération²⁹. D'ailleurs, au pur et simple refus d'autorisation, les autorités peuvent substituer des autorisations conçues pour l'instrumentalisation de l'assistance, qui peut aider à organiser des déplacements forcés, comme ce fut le cas dans l'Éthiopie de Mengistu en 1984³⁰.

b) Le concept de « refus arbitraire » a été forgé pour tenter d'améliorer l'accès. Évoqué pendant la préparation des Protocoles additionnels, mais non retenu, il a fait son apparition dans le « droit souple », en dehors du strict droit des conflits avec les Principes directeurs sur la protection des personnes déplacées internes³¹. Il a fait son entrée dans le périmètre du droit des conflits, avec l'étude du CICR sur le droit coutumier (2005), au niveau du commentaire de la règle 55 sur l'assistance³². On retrouve le même concept en 2016 dans la nouvelle version des commentaires des Conventions de 1949³³, dans une tentative très réfléchie de fonder l'introduction de ce concept sur l'évolution générale du droit :

« *In 1949, the understanding of the requirement to seek and obtain the consent of the Parties to the conflict concerned was set in the context of States' nearly unfettered sovereignty* » [...] « *Since 1949, international law in general, and humanitarian law in particular, has evolved to the extent that a Party to an international armed conflict to which an offer of services is made by an impartial humanitarian body is not at complete liberty to decide how to respond to such an offer. It has now become accepted that there are circumstances in which a Party is obliged, as a matter of international law, to grant its consent, one can conclude that consent may not be refused on arbitrary grounds.* »³⁴ »

Dès lors le refus d'accès est plus aisément qualifiable de violation du droit humanitaire, mais il n'en a pas pour autant disparu. Et l'on constate pire encore...

29 Pendant ce temps, ceux que l'on appelait les « *French doctors* » (cf. *infra* II partie C) parvenaient à travailler clandestinement, sans, néanmoins pouvoir se passer de l'aide – et donc de l'accord – des *Mudjahiddines* qui les aidaient à franchir la frontière depuis le Pakistan.

30 Ce qui amena MSF, mais aussi le CICR, à se retirer pour ne pas contribuer à ces déplacements forcés.

31 Ensemble de Principes mis au point en 1998 dans le cadre des Nations unies (Représentant spécial Francis Deng, Commission des Droits de l'homme, Doc. ONU E/CN.4/1998/53/Add.2 du 11 février 1998).

32 La Règle 55 s'énonce : « Les parties au conflit doivent autoriser et faciliter le passage rapide et sans encombre de secours humanitaires destinés aux personnes civiles dans le besoin, de caractère impartial et fournis sans aucune distinction de caractère défavorable, sous réserve de leur droit de contrôle ». Elle est considérée comme valable en conflit armé non international comme en conflit armé international. Et le commentaire est le suivant : « *humanitarian organization cannot operate without the consent of the party concerned. However, such consent must not be refused on arbitrary grounds* » (J.-M. HENCKAERTS, L. DOSWALD-BECK, *Customary International Humanitarian Law, Volume I : Rules*, ICRC, Cambridge University Press, 2009, p. 197).

33 Sous les articles 9/9/9/10 communs aux quatre Conventions de Genève., voir §§ 1172 et 1173 du *Commentaire de la Première Convention de Genève*, CICR, 2016, disponible sur <https://ihl-databases.icrc.org/dih/full/CGI-commentaire>.

34 *Idem*.

c) *Les violations du DIH en matière d'assistance ne font qu'augmenter.* D'une part, se multiplient les atteintes physiques dont fait l'objet le personnel humanitaire – et plus encore lorsqu'il s'agit d'« employés locaux ». Toute une gamme de facteurs – économiques³⁵, politiques³⁶ ou liés à la dynamique du conflit³⁷... – peut expliquer le grand nombre d'incidents et les dénonciations croissantes de ce type de violations du droit humanitaire.

Et, d'autre part, on constate une contamination, des problèmes d'accès à l'assistance internationale, vers les problèmes d'accès aux services médicaux, qu'ils soient ou non apportés de l'extérieur. Les cas de la Syrie et du Yémen sont particulièrement nets en ce sens.

L'atteinte est, alors, portée à travers le mode de conduite des hostilités.

3. *La violation de « la » distinction dans la conduite des hostilités*

Si les « unités sanitaires » font l'objet d'une protection spécifique³⁸, c'est parce que la distinction entre ceux qui combattent et ceux qui ne combattent pas est une articulation majeure du droit humanitaire³⁹. Les dispositions du droit humanitaire, particulièrement depuis 1977, offrent, pour son respect dans les combats, des outils intellectuels rigoureux, qui semblent dépassés, dans certains conflits, par le type même de conflictualité.

a. *Les outils intellectuels destinés à guider la mise en œuvre de la distinction, sont de deux types : concepts opératoires et principes d'action*

Les concepts opératoires peuvent être présentés sous la forme d'une triade « combattant – civil – population civile », et d'un couple « objectif militaire – bien civil ». Dans le premier groupe, c'est le combattant qui a fait l'objet de l'approche la plus complexe, à travers des listes de personnages se trouvant dans des liens divers avec l'État⁴⁰ – toutefois synthétisées sous l'expression « forces armées »⁴¹. Le civil, lui, se définit par défaut. À l'article 50 du P.A. 1, on trouve non seulement qu'« est considérée comme civile toute personne n'appartenant pas » à une des catégories de combattants (§ 1), mais encore que l'ensemble des civils forme la population civile (§ 2), et que celle-ci garde cette qualité, même en cas de présence d'un non civil en son sein (§ 3).

L'objectif militaire, lui, est soit un combattant⁴² – puisque le combattant, qui a le droit de tuer, court officiellement le risque d'être tué – ou un bien meuble – char d'assaut par exemple – ou immeuble – caserne, immeuble abritant l'État-Major adverse, par exemple. L'article 52 du P.A. 1 constitue la

35 Notamment lorsque les missions humanitaires apparaissent le seul pôle d'aisance dans une société très pauvre.

36 Dans certains cas où l'action humanitaire est vue comme occidentale par des acteurs qui veulent éliminer toute présence occidentale.

37 Lorsqu'il s'agit de nuire au groupe auquel appartiennent les bénéficiaires d'une mission.

38 Voir, par exemple, le Chapitre III de la C.G I du 12 août 1949, les articles 12 et 13 du P. A. 1, 8 juin 1977, article 11 du P.A 2, 8 juin 1977.

39 Formule plus précise que l'opposition « combattants/civils ». Il faut, pour être complet songer aux soldats hors de combat (bénéficiaires d'assistance selon les C.G. I et C.G. II et aux civils déchus de leur immunité pour avoir pris les armes.

40 Article 4 de la C.G. III, 12 août 1949.

41 Article 43 du P. A. 1, 8 juin 1977.

42 La présente formulation est sans doute rare, mais elle correspond exactement à l'article 52 du P.A. 1, lequel dispose « en ce qui concerne les biens, les objectifs militaires sont... »

base textuelle de la labellisation d'un bien comme objectif militaire ou bien civil. L'objectif militaire suppose la réunion de deux conditions, Les deux conditions de l'article 52 s'expliquent aisément par la fonction du bien. Il s'agit de :

- « biens qui, par leur nature, leur emplacement, leur destination ou leur utilisation apportent une contribution effective à l'action militaire »⁴³
- et (car les deux conditions doivent être réalisées simultanément),
- « dont la destruction totale ou partielle, la capture ou la neutralisation offre en l'occurrence un avantage militaire précis »⁴⁴.

En revanche, est bien civil tout bien qui ne remplit pas les conditions pour être objectif militaire⁴⁵; il est, donc, qualifié par défaut, à l'instar du civil. Il existe aussi une protection particulière pour certains biens dont la protection est nommément formulée : biens « indispensables à la survie de la population civile »⁴⁶, biens culturels et lieux de culte⁴⁷ et ouvrages susceptibles de libérer des « forces dangereuses »⁴⁸.

Après que les cibles légitimes aient été identifiées, deux principes doivent présider à la mise en œuvre des opérations : le principe de précaution et principe de proportionnalité⁴⁹. Le premier oblige chaque partie au conflit, non seulement en tant qu'auteur d'attaques (article 57 P.A. 1), mais aussi, en tant que cible potentielle, à prendre des précautions. Au premier titre, l'article 57 P.A. 1 lui impose les choix les plus économes en vies civiles dans la population de l'État adverse, ainsi que des vérifications et, éventuellement, il lui fait obligation de lancer des avertissements à la population. Au second titre, l'article 58 P.A. 1 prescrit au belligérant de protéger la population qui est sous son propre contrôle, en séparant bien ce qui est objectif militaire de la population civile. Le principe de proportionnalité, quant à lui, prescrit de ne pas programmer – ou d'interrompre – une attaque quand l'avantage militaire attendu apparaît faible par rapport à l'atteinte aux personnes et à leurs biens.

b. Malgré ce balisage rigoureux, les violations sont nombreuses

Il est vrai que la précision croissante des armes et des moyens d'observation est un atout pour le respect des prescriptions qui viennent d'être énoncées. Certaines armées modernes, notamment celles de l'OTAN, ont mis au point une véritable science de l'opérationnalisation du DIH dans le choix des cibles et des munitions.

43 Article 52 du P.A. 1, 8 juin 1977.

44 *Idem*.

45 « Sont biens de caractère civil, tous les biens qui ne sont pas des objectifs militaires », *idem*.

46 Article 54 du P.A. 1, 8 juin 1977 et article 14 du P.A. 2, 8 juin 1977.

47 Article 53 du P.A. 1, 8 juin 1977.

48 Article 56 du P.A. 1, 8 juin 1977.

49 Article 57 § 2 b) du P.A. 1, 8 juin 1977 qui prescrit d'interrompre une attaque « ... lorsqu'il apparaît que son objectif n'est pas militaire ou qu'il bénéficie d'une protection spéciale ou que l'on peut attendre qu'elle cause incidemment des pertes en vies humaines dans la population civile, des blessures aux personnes civiles, des dommages aux biens de caractère civil, ou une combinaison de ces pertes et dommages, qui seraient excessifs par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu ».

Mais, les évolutions successives de la conflictualité ont profondément changé le théâtre des opérations.

Les choses ont profondément changé pour la triade « combattant-civil-population civile », depuis que des non militaires prennent les armes. Certes, le DIH a évolué et a recouvert de sa protection les résistants, en 1949, à certaines conditions⁵⁰, puis, en 1977, il a énoncé des conditions moins exigeantes à propos de ceux qui combattent pour le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes⁵¹. Mais ces évolutions concernent les conflits internationaux.

Or, aujourd'hui, la plupart des conflits sont des conflits armés non internationaux. Dès lors, ceux qui prennent les armes dans ces conflits ne sont pas des combattants, et n'ont pas droit à la protection minimale du combattant⁵². Ils sont, de plus, en cas de « participation directe aux hostilités », déchus de la protection que confère la qualité de « civil ». Et, dans les faits, avec les conflits identitaires, on en arrive à une situation dans laquelle plus personne n'est dans son rôle traditionnel et où les civils se trouvent doublement impliqués dans les combats : en tant que guerriers et en tant que cibles. Il est vrai qu'une construction doctrinale – due au CICR – permet d'éclairer les textes et de ne pas confondre participation directe occasionnelle et participation directe permanente⁵³. Pourtant, son apport ne répond qu'à une partie des problèmes soulevés par les violations du droit humanitaire.

Déplacés au nom du « nettoyage » ethnique, contraints, volontairement intimidés, et, au besoin, éliminés, les civils affrontent encore d'autres souffrances avec l'apparition des groupes armés fondamentalistes⁵⁴. On peut voir désormais, des membres de minorités religieuses – ou de majorités jugées impies –, enlevés, crucifiés, réduits en servitude, utilisés comme esclaves sexuels ou soumis au travail forcé.

Les conflits qui se déroulent en milieu urbain ajoutent aux violations. Parce qu'utilisés, systématiquement et à dessein, par des belligérants, nombre de biens civils peuvent être qualifiés d'objectif militaire, tandis que d'autres qui n'ont pas perdu leur caractère civil, tels les services médicaux, voient leur immunité systématiquement violée. Loin d'être efficacement aidées par l'assistance humanitaire,

50 Art 4 § 3 de la C.G. III, 12 août 1949 : « ... les membres des milices et les membres des autres corps de volontaires, y compris ceux des mouvements de résistance organisés appartenant à une partie au conflit agissant en dehors ou à l'intérieur de leur propre territoire, même si ce territoire est occupé pourvu que ces milices ou corps de volontaires, y compris ces mouvements de résistance organisés, remplissent les conditions suivantes :

- a) d'avoir à leur tête une personne responsable pour ses subordonnés ;
- b) d'avoir un signe distinctif fixe et reconnaissable à distance ;
- c) de porter ouvertement les armes ;
- d) de se conformer, dans leurs opérations, aux lois et coutumes de la guerre ».

51 L'article 44 § 3 du P. A. 1 dispose « ... les combattants sont tenus de se distinguer de la population civile lorsqu'ils prennent part à une attaque ou à une opération militaire préparatoire d'une attaque. Étant donné, toutefois, qu'il y a des situations dans les conflits armés où, en raison de la nature des hostilités, un combattant armé ne peut se distinguer de la population civile, il conserve son statut de combattant à condition que, dans de telles situations, il porte ses armes ouvertement :

- a) pendant chaque engagement militaire ; et
- b) pendant le temps où il est exposé à la vue de l'adversaire alors qu'il prend part à un déploiement militaire qui précède le lancement d'une attaque à laquelle il doit participer... »

52 Pouvoir devenir prisonnier de guerre, ne pas subir de « maux superflus », bénéficier d'immunité et de soins en cas de mise *hors de combat*...

53 Cf. *infra*, II^e partie, A) 2)

54 Même si en Occident, on considère que leur cas relève de la délinquance et d'un traitement judiciaire ; il n'en va pas de même au Levant, où leurs attaques continues les inscrivent dans des conflits armés non internationaux (on n'envisagera pas, ici, l'hypothèse d'un conflit transnational, ou non international global...), et où ils s'appuient sur des fractions de la population.

les personnes sont atteintes par la suppression des services de base, ou leur usage partisan dans la conduite des hostilités. Dans le même temps, des pans entiers de la population font office de bouclier humain.

Dans ce contexte, lorsque les populations sont libérées, c'est sur une base d'échange, ou par des évacuations collectives vers des lieux choisis politiquement au gré de l'évolution du conflit. Tout ceci est en contradiction avec les principes humanitaires, qui veulent que chaque personne soit respectée et aidée pour elle-même, pas pour ce qu'elle représente sur l'échiquier politique⁵⁵.

Enfin, lorsque des forces de paix – casques bleus ou forces multinationales mandatées – entrent en action, elles sont bien souvent entravées... par leur respect du droit. Les forces de terre se heurtent à des foules dont partent des attaques⁵⁶, alors que le DIH oblige à continuer de les considérer comme « population civile ». Les forces aériennes, quant à elles, sont contraintes par le principe de précaution, vu l'intrication des réalités au sol, de renoncer à un grand nombre d'opérations, voire de limiter leurs actions à des points périphériques. Quant à frapper au nom du fait que beaucoup de personnes au sol ne sont pas des civils vrais, ces forces ne pourraient le faire que sous peine de « perdre leur âme ». Cela devient une forme nouvelle de guerre « asymétrique », dans laquelle ce n'est pas la partie la plus avancée sur le plan technologique qui est avantagée, mais celle qui observe le moindre respect envers le droit humanitaire.

On en arrive, ainsi, à un non-respect croissant, nonobstant les avertissements et les appels au ressaisissement.

B. Un phénomène de non-respect d'une gravité particulière

Le non-respect du DIH est un phénomène impliquant des violations potentiellement criminelles, en raison du caractère des normes violées. Parce qu'elles ont très tôt joué un rôle capital dans la protection des personnes en temps de conflit (1), les normes de droit humanitaire – ou, du moins, nombre d'entre elles – ont un caractère impératif (2).

⁵⁵ Par exemple en Syrie : « *Je suis fatigué et écœuré des arguments vains pour justifier les violations flagrantes du droit contre les civils.* » (Peter Maurer, président du CICR, disponible sur www.cicr.blog.lemonde.fr) ; « Ma visite en Syrie cette semaine m'a conforté dans mon opinion que les conflits dans la région s'imposent désormais comme une nouvelle normalité effrayante. Les batailles menées selon la logique du talion ne cessent de gagner en intensité, sans que l'on se préoccupe de leur impact dévastateur sur les civils.

Le niveau de souffrances dans la Ghouta orientale est le dernier exemple de cette triste réalité, et il en va de même à Afrine ainsi qu'à Mossoul, Sanaa et Taïz. Trop souvent, la destruction semble être un objectif en soi, au mépris des normes fondamentales d'humanité. [...] Le conflit syrien est marqué par des violations récurrentes du droit international humanitaire : situations de siège, blocus, attaques disproportionnées dans des zones urbaines, civils et services civils pris pour cible, notamment des ambulances, des stations d'approvisionnement en eau et des marchés. Ces tactiques ne sont pas employées uniquement en Syrie mais dans toute la région : c'est une partie d'échecs géopolitique dans laquelle des vies humaines sont en jeu. Ces dernières semaines, je me suis rendu dans différents pays du Moyen-Orient et j'ai été témoin du coût humain de la guerre indiscriminée. [...] Tout comme de nombreux humanitaires sur le terrain, je suis moi-même fatigué et écœuré par les arguments vains qui sont avancés pour justifier les violations flagrantes commises contre les civils. Les vies humaines ont toutes la même valeur, que ce soit dans la Ghouta, à Damas, à Alep, à Mossoul, en Syrie ou au Yémen. Et les populations souffrent d'autant plus que les humanitaires sont empêchés de faire leur travail ».

⁵⁶ Par exemple en Somalie en 1993, ces foules étaient instrumentalisées par le mouvement djihadiste du Général Aïdid.

1. *Les normes de droit humanitaire, éléments avancés de l'humanisme juridique*

La qualité de « norme impérative » n'est pas une étiquette qui peut être attribuée à la légère. Elle ne peut être que la conséquence de la valeur particulière de cette norme, « reconnue » comme telle par « la communauté internationale des États dans son ensemble »⁵⁷.

Or, les principales normes du droit humanitaire ont une valeur particulière parce que ce droit possède une place spécifique dans le droit international. Il a été le premier *corpus* à reconnaître la valeur singulière de l'être humain et à l'opposer au pouvoir souverain dans ce qu'il avait de plus fort : la puissance militaire. Il a posé le principe de la priorité du statut de vulnérabilité d'une personne – blessé, civil... –, par rapport à sa nationalité ou à la cause défendue. Il s'agit donc d'un droit qui a subverti les fondements de l'ordre westphalien⁵⁸ et posé les bases d'une société fondée sur l'être humain. Le droit humanitaire protège l'individu pour lui-même. C'est ainsi que s'expliquent « la sauvegarde de l'ennemi *hors de combat* » (P.A. 1, article 1) et l'interdiction des représailles contre les personnes protégées relevant du camp adverse (P.A. 1, articles 20, 51 § 6, 52 et 53). Au-delà des populations civiles adverses, les combattants adverses hors de combat eux-mêmes sont protégés en tant qu'êtres humains, quand bien même ils auraient violé le droit humanitaire. Ils ne sont pas déchus de leur statut de combattant, ni de leur droit au statut de prisonnier de guerre (art 44-2 du P.A. 1).

Plus encore que par ses règles précises, le droit humanitaire se caractérise par des principes, dont découlent les règles, et qui peuvent aussi dicter directement les comportements, dans des situations souvent imprévues. Telle est la signification de la *clause de Martens*⁵⁹.

Même si, avec l'apparition du droit international des droits de l'homme, le recentrage sur la personne humaine est allé plus loin encore – puisque cette fois-ci, c'est la *lex generalis*, valable en tout temps, qui considère la personne indépendamment de son État –, le droit humanitaire a gardé toute sa signification. Il garantit la personne dans les situations les plus graves, il assure la pérennité du « noyau dur » des droits indérogeables. Et le *corpus* du droit humanitaire a su évoluer en tenant compte de la nouvelle place des droits de l'homme. C'est ce qu'exprime l'article 72 du P. A. 1 qui parle des « autres normes applicables du droit international qui régissent la protection des droits fondamentaux de l'homme pendant un conflit armé ».

C'est pourquoi la valeur impérative des normes de droit humanitaire a été reconnue, à travers les différents mécanismes de garantie dont ces normes ont été dotées, afin que leur application soit la plus effective possible.

⁵⁷ Selon les termes de l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969.

⁵⁸ Celui-ci a fait émerger la souveraineté des États contre le Saint Empire romain germanique ; mais il a aussi admis la soumission de l'individu à l'État, avec sa maxime « *cujus regio ejus religio* » que l'on peut traduire comme « De ton souverain, tu auras la religion », ou « Tel prince, telle religion ».

⁵⁹ Qui a connu plusieurs expressions à travers l'histoire du droit humanitaire. Actuellement, elle apparaît à l'article 1 § 2 du P.A. 1 : « Dans les cas non prévus par le présent Protocole ou par d'autres accords internationaux, les personnes civiles et les combattants restent sous la sauvegarde et sous l'empire des principes du droit des gens, tels qu'ils résultent des usages établis, des principes de l'humanité et des exigences de la conscience publique ».

2. *Les normes de droit humanitaire, des normes impératives*

On envisagera trois aspects du régime juridique que l'on retrouve dans le cas de la plupart des normes considérées comme impératives et qui, tous trois, tendent à assurer la meilleure effectivité à ces normes. Ils concernent le champ d'application, la mise en œuvre, et les conséquences de la violation.

a. *L'impérativité démontrée par la garantie du champ d'application*

Des études le démontrent⁶⁰ : la société internationale – même si elle n'est pas toujours une « communauté » –, dans son activité législative, aménage la protection des normes ressenties comme essentielles, en excluant à leur égard certains aspects de régime juridique valables pour les normes de niveau standard, mais qui pourraient entraver leur application, et nuire ainsi à l'intégrité de l'ordre public international.

Tel est plus particulièrement le cas de la renonciation à un droit. Les articles communs aux quatre Conventions de 1949 posent au contraire le principe de l'inaliénabilité des droits protégés. Les personnes protégées ne peuvent pas y renoncer^{61/62}. Le prisonnier de guerre, même malade, même désespéré et se considérant comme n'ayant plus rien à perdre, ne peut consentir à des expériences sur sa personne, car il est plus qu'un individu ; il est un rameau de l'humanité. Et sa dignité est celle de l'humanité tout entière.

De manière plus générale, les accords spéciaux sur des points précis sont possibles entre « Hautes parties contractantes », mais ils ne doivent pas être contraires aux Conventions, ce qui signifie que la liberté contractuelle disparaît, lorsqu'il s'agit de créer du droit applicable dans le conflit. Le schéma est exactement celui des traités contraires à une norme de *jus cogens*, tel qu'exposé dans la Convention de Vienne, à l'article 53.

Enfin, le principe de non-réciprocité s'impose lorsqu'il s'agit de l'exception d'inexécution d'un traité humanitaire. Non seulement le droit humanitaire brise la logique de la violence, mais encore il limite le jeu de la réciprocité qui semble aller de soi en droit international général⁶³, comme dans les relations humaines en général. Si la réciprocité des engagements, qui a régressé⁶⁴, est encore présente dans le droit humanitaire, la réciprocité d'application est aujourd'hui exclue par la Convention de Vienne sur le droit des traités elle-même dans son article 60 § 5 :

60 Pour un classement systématique des outils de l'impérativité, voir M.-J. DOMESTICI-MET, « Du *jus cogens* aux normes intransgressibles. Quelques réflexions sur les techniques et disciplines juridiques impliquées dans le développement d'un ordre public international » in *Au carrefour des droits, Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis*, 2003, p. 661-710.

61 Articles 7/7/7/8 communs aux quatre Conventions de Genève.

62 Articles 6/6/6/7 communs aux quatre Conventions de Genève.

63 Voir la thèse d'Emmanuel DECAUX, *La réciprocité en droit international*, Paris : éd. LGDJ, 1980.

64 Sur la distinction entre réciprocité des engagements et réciprocité d'application « *Reciprocity operates in both an obligatory sense and an observational sense* » (S. WATTS, « *Reciprocity and the law of war* », *Harvard International Journal*, été 2009, cité et analysé par Alexandra BUI dans sa thèse *Contribution à l'étude des facteurs de non-respect du droit international humanitaire*, Thèse, AMU, 2017, p. 138. La réciprocité des engagements a régressé dans le DIH depuis la clause *si omnes*. Alors qu'il fallait en 1899 et 1907 que toutes les parties au conflit soient liées par une règle pour que celle-ci s'applique dans un cas donné, aujourd'hui l'article 2 commun dispose : « Si l'une des Puissances en conflit n'est pas partie à la présente Convention, les Puissances parties à celle-ci resteront néanmoins liées par elle dans leurs rapports réciproques. Elles seront liées en outre par la Convention envers ladite Puissance, si celle-ci en accepte et en applique les dispositions ».

« Les § 1 à 3 ne s'appliquent pas aux dispositions relatives à la protection de la personne humaine contenues dans des traités de caractère humanitaire, notamment aux dispositions excluant toute forme de représailles à l'égard des personnes protégées par lesdits traités. »

En d'autres termes, la réciprocité négative est bloquée dans l'intérêt de la protection. Mais le régime d'ordre public comporte aussi une facilitation de la mise en œuvre.

b. L'impérativité démontrée par l'existence de dispositifs favorisant la mise en œuvre du droit humanitaire

L'article 1° commun aux quatre Conventions de 1949 dispose :

« Les Hautes Parties contractantes s'engagent à respecter et à faire respecter la présente Convention en toutes circonstances. »

Au-delà de l'obligation – classique – des parties de respecter les Conventions en question, ils doivent, encore, les faire respecter. La deuxième partie de la phrase n'a pas toujours été perçue dans tout son caractère subversif pour l'ordre juridique traditionnel. L'évolution des études qui lui ont été consacrées est significative⁶⁵. L'évolution peut être illustrée par des résolutions du Conseil de sécurité⁶⁶. D'autres organisations ont également souligné cette obligation⁶⁷.

Si les moyens de cette action en faveur du respect ne sont pas définis dans l'article⁶⁸, il est clair que la disposition est une invitation à la vigilance croisée des États en faveur d'une limitation du non-respect du droit humanitaire. Que l'efficacité ne soit pas totale n'enlève rien à l'analyse du régime juridique. L'adoption de ce trait de régime a constitué une rupture qui faisait écho à un tournant de la société internationale :

« Le caractère monstrueux de certaines violations commises [pendant la Seconde Guerre mondiale] là où il n'y avait pas eu de contrôle modifiait l'idée même qu'on se faisait [...]. Il ne s'agissait plus seulement de reconnaître l'intérêt légitime d'un pays belligérant à surveiller l'application des Conventions et de lui en faciliter l'exercice. À la notion de l'intérêt particulier des belligérants se substituait l'intérêt général de l'humanité qui exigeait ce contrôle non plus comme un droit mais comme un devoir⁶⁹. »

65 En 1984, Luigi Condorelli et Laurence Boisson de Chazournes, dans « Quelques remarques à propos de l'obligation des États de "respecter et faire respecter" le droit international humanitaire "en toutes circonstances" considèrent que l'obligation de « faire respecter » est entourée d'incertitudes (L. CONDORELLI, L. BOISSON DE CHAZOURNES, « Quelques remarques à propos de l'obligation des États de "respecter et faire respecter" le droit international humanitaire "en toutes circonstances" », in C. SWINARSKI (dir), *Études et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet*, CICR et Martinus Nijhoff, Genève, 1984, p. 18). Mais, en 2000, les mêmes auteurs considèrent qu'« au cours des dix dernières années, l'article 1 est quasiment devenu une norme fondamentale en matière de comportement [...] dans le cadre des Nations unies » (L. BOISSON DE CHAZOURNES, L. CONDORELLI, 'Common Article 1 of the Geneva Conventions revisited : protecting collective interests', *Revue internationale de la Croix-Rouge*, 2000, n° 837, p. 67-87 ; J. PICTET, *Commentaire des Conventions de Genève du 12 août 1949*, éd. CICR : Genève, 1959, CICR, *Commentaire de la Première Convention de Genève, 2016*, disponible sur <https://ihl-databases.icrc.org/dih/full/CGI-commentaire>).

66 Par exemple, sur les situations d'Israël/Palestine, de Bosnie-Herzégovine et du Rwanda (voir K. DÖRMANN, J. SERRALVO, « L'article 1 commun aux Conventions de Genève et l'obligation de prévenir les violations du droit international humanitaire », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 96 Sélection française, 2014/3 et 4, p. 25-56, notes 50-52).

67 On peut citer en ce sens la Résolution n° 287 de la Commission des affaires civiles de l'Assemblée parlementaire de l'OTAN, Amsterdam, 15 novembre 1999, paragraphe 7.

68 Mais on peut le lire aujourd'hui à la lumière de l'article 89 du P.A.1, 8 juin 1977.

69 Frédéric Siordet, cité in K. DÖRMANN, J. SERRALVO, « L'article 1 commun aux Conventions de Genève et l'obligation de prévenir les violations du droit international humanitaire », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 96 Sélection française, 2014/3 et 4, p. 25-56. p. 34.

Ici encore, le droit humanitaire a été au cœur d'une approche nouvelle du monde.

La CIJ a, à plusieurs reprises souligné l'existence de cette obligation de faire respecter : dans l'affaire sur les *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*⁷⁰, dans son Avis consultatif sur les *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*⁷¹.

Un second élément du dispositif destiné à faciliter la mise en œuvre d'une norme impérative est l'existence d'un agent de mise en œuvre. Ceci se vérifie dans le cas du droit humanitaire avec le rôle du CICR, qui joue un rôle de gardien du droit humanitaire⁷². Il se voit reconnaître un droit d'initiative humanitaire qui lui permet d'appeler à des mesures en faveur de la protection, comme de l'assistance, aux articles 9/9/9/10 communs aux quatre Conventions de Genève.

Enfin, l'existence d'une responsabilité pénale est un dernier indice du régime d'ordre public.

c. L'impérativité démontrée par la responsabilité pénale individuelle pour violation

Une fois encore, en cohérence avec ce qui a été vu plus haut, le droit humanitaire a été pionnier en prévoyant la sanction des simples personnes physiques responsables de « violations graves » de ses normes. Par là, il pose, de plus, l'obligation de respecter le droit humanitaire pèse sur tous ceux qui combattent et sont donc en position de nuire dans le conflit⁷³.

Le contenu des infractions, énoncé aux articles 50 de la C. G I, 51 de la C.G II, 130 de la C.G III et 147 de la C.G IV, prouve bien la focalisation sur la personne : homicide intentionnel, torture, traitement inhumain, atteinte grave à l'intégrité physique ou à la santé, ainsi que destruction ou appropriation des biens. La quatrième convention ajoute déportation, détention illégale et prise d'otages. Le Protocole I enrichit la liste de 1949 sur les « infractions graves »⁷⁴. Mais c'est le statut de la Cour pénale internationale qui viendra apporter une liste détaillée, et le label de « crimes de guerre ».

Quant aux éléments procéduraux qui sont esquissés, ils manifestent, une fois encore, l'idée d'intérêt général. Il appartient, certes, d'abord à chaque armée de punir ses soldats et officiers coupables de manquements. Mais, les mêmes conventions ajoutent un élément important : la compétence pénale universelle, qui signifie une volonté de maximiser les chances d'infliger une punition à ceux

70 La Cour a souligné que l'obligation pesait sur les États-Unis, à propos du conflit armé non international auxquels ils n'étaient pourtant pas parties, CIJ, *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, Arrêt (Fond), 27 juin 1986, par. 220.

71 La Cour a mentionné « l'obligation de chaque État partie [à la quatrième Convention de Genève], qu'il soit partie ou non à un conflit déterminé, de faire respecter les prescriptions des instruments concernés » (CIJ, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, Avis consultatif, 9 juillet 2004, par. 158).

72 Selon l'article 4 des Statuts du CICR, il « a pour rôle de maintenir et diffuser les Principes fondamentaux du Mouvement... ».

73 Le fondement de ce caractère obligatoire est recherché de plusieurs façons par la doctrine. « Il est généralement admis aujourd'hui que le droit international humanitaire (DIH) s'applique aux groupes armés organisés. [...] Cependant, la controverse subsiste sur le fait de savoir pourquoi il en va ainsi et comment le droit international humanitaire a force obligatoire pour les groupes armés organisés. » (J. K. KLEFFNER, « L'applicabilité du droit international humanitaire aux groupes armés organisés », *Revue internationale de la Croix Rouge*, vol. 93, Sélection française, 2011/2, p. 141-161, p. 142).

74 Articles 85 à 91 du P.A. 1, 8 juin 1977.

qui ont enfreint les normes protectrices du droit humanitaire. Tout État partie, quel que soit l'auteur et le lieu de la commission de l'infraction grave au droit humanitaire, est appelé à « prendre toute mesure » (articles sus-mentionnés 49 C.G. I, 50 C.G. II, 129 C.G. III, et 146 C.G. IV), même si peu d'États⁷⁵ ont adopté une législation permettant de donner effet à ces dispositions conventionnelles. Même s'il est étranger au conflit, l'État doit se considérer comme blessé par l'atteinte portée à l'humanité elle-même.

Il résulte de l'ensemble des indices d'impérativité analysés, que les normes de droit humanitaire ont bien été ressenties comme méritant des garanties particulières. Ces normes ont été mises à l'abri de la liberté contractuelle, du jeu de la réciprocité, de l'indifférence à leur violation et de la volonté des personnes protégées elles-mêmes. De plus, l'on avait vu précédemment quels relais conceptuels étaient censés faciliter la traduction dans les faits de la distinction civils-combattants.

Avec autant d'éléments en faveur du respect du DIH, le tableau des violations qui a été dressé ci-dessus n'est que plus alarmant. Ne risque-t-on pas d'atteindre le stade d'un non-respect généralisé de certaines normes qui figurent, pourtant, parmi les plus caractéristiques de la société internationale qui s'est reconstruite au cours des dernières décennies autour de la valeur de l'être humain ?

Les réponses sont-elles à la mesure des enjeux ?

II. Des stratégies complémentaires de réponse au fléau

La formule « stratégie de réponse » peut prêter à confusion. En effet, le terme « réponse » pourrait sembler supposer, littéralement, que l'on répond à chaque violation après qu'elle ait eu lieu. Mais ce n'est pas en ce sens qu'il faut la prendre. Le phénomène du non-respect du droit humanitaire est plus large qu'une violation donnée ; il ne s'agit pas de réponse violation par violation, mais de réponse ample – comme l'exprime le terme « stratégie » au fléau que constituent, ensemble, les trop nombreuses violations, dans un contexte qui est bien souvent fait de la méconnaissance de la valeur intrinsèque du droit humanitaire.

La réponse au fléau présente un certain caractère paradoxal, qui vient du rapprochement de stratégies qui peuvent sembler opposées dans leurs finalités immédiates. Certaines peuvent être vues comme amplifiant le phénomène d'inapplication du droit humanitaire, au moins en apparence ; aussi les classer comme stratégies de réponse peut sembler curieux. On envisagera cependant certains usages stratégiques de l'inapplication du droit humanitaire, car leurs auteurs les considèrent comme incluses dans un mouvement vertueux qui favorise la protection des personnes

⁷⁵ On peut citer la Belgique, l'Espagne, la France, la Suisse, l'Allemagne. Le problème de la compétence universelle du Sénégal a été soulevé dans l'affaire Hissène Habré. Le nouveau Commentaire des Conventions de Genève présente ainsi la *situation* : « *At the time of writing, there seem to have been only 17 reported cases over the past 60 years where domestic courts or tribunals have exercised universal jurisdiction over alleged perpetrators of war crimes or grave breaches* », CICR, *Commentaire de la Première Convention de Genève, 2016*, disponible sur <https://ihl-databases.icrc.org/dih/full/CGI-commentaire>.

Il existe un dégradé de stratégies, de la plus classique, qui vise à « faire respecter » le droit humanitaire par ceux qui y sont tenus (A), à celle qui repose sur la renonciation à sanctionner la violation du droit humanitaire au motif de fins supposées plus hautes (D), en passant par deux stades intermédiaires qui s'écartent progressivement du mode d'application normal du DIH (B), puis du DIH lui-même (C).

A. Les stratégies visant à « faire respecter » le DIH par ceux qui s'y sont engagés

À la lumière des articles 9, 9, 9, 10, d'un côté, et de l'article 1^{er} commun, de l'autre, que l'on a rencontrés précédemment, il est clair que des actions peuvent être menées par le CICR, et les États parties. Mais, concrètement, ces derniers, à eux tous, ont un rôle bien plus limité que le CICR seul. Il leur arrive, néanmoins, aussi d'intervenir à travers les Nations unies ou l'Union européenne. Des ONG participent également à l'effort. Mais, plus qu'un examen acteur par acteur, c'est un inventaire des méthodes qui permettra de mieux cerner la façon dont s'organise la réponse au non-respect. Faire respecter signifie d'abord informer par la diffusion (1), éclairer par l'interprétation (2), inciter pour pousser à respecter (3), stigmatiser (4), voire poursuivre le non-respect pour dissuader (5).

1. Informer pour « faire respecter » : la « diffusion »

Dans les années 1970, lors de la longue négociation des Protocoles additionnels, le CICR réalisa que le droit humanitaire était célèbre, mais pas toujours connu en profondeur, ni compris, dans un monde très divisé. C'est ainsi qu'il amorça sa politique de diffusion.

Le premier public ciblé fut, logiquement, composé d'officiers militaires. L'Institut international de droit humanitaire de San Remo, créé avec le soutien du CICR pour faciliter des discussions informelles sur les projets de Protocoles, va devenir un important centre de diffusion à des officiers venant d'un nombre croissant d'États et à un public qui a également connu la diversification, avec la participation d'universitaires. Puis, à l'heure de la disparition de la plupart des dictatures latino-américaines, le CICR s'aperçut d'une insuffisance de connaissance des règles de l'État de droit dans les forces de l'ordre et d'un manque de règles claires pour l'usage de celles-ci. Il lança, dès lors, une diffusion en direction des forces de police et des responsables du maintien de l'ordre, quels qu'ils soient.

La diffusion est, aujourd'hui, également le fait des sociétés nationales, qui tendent à cibler les publics jeunes, étudiants – à travers des concours, notamment – et collégiens. La diffusion ne se résume évidemment pas à un apprentissage. L'accent est mis sur des activités variées et concrètes, différentes selon les publics, destinées à faire assimiler l'esprit humanitaire.

Naturellement, la diffusion est également relayée par les armées, et au premier plan par celles des Hautes Parties Contractantes⁷⁶, dont un certain nombre a, de plus, des conseillers juridiques

76 Ils y sont invités par les articles 83 et 87 § 2 du P.A. 1, 8 juin 1977.

aux opérations dont le rôle est d'intégrer les exigences du DIH dans les opérations elles-mêmes. La diffusion est également opérée par les Nations unies, dans leurs propres troupes, et parfois ces dernières sont chargées de faire de la formation et de la diffusion auprès des forces locales. Et, bien entendu, les « Casques bleus » envoyés dans les crises ont l'obligation de respecter eux-mêmes le droit humanitaire⁷⁷, pour autant qu'ils interviennent de vive force.

Enfin, l'Union européenne accorde une grande place à la diffusion du droit humanitaire. Elle a élaboré des Lignes directrices qui vont au-delà de la diffusion : les « Lignes directrices de l'Union européenne concernant la promotion du droit humanitaire international ». Elles visent à assurer, dans la cohérence des différentes actions extérieures de l'Union, que l'impact de celles-ci soit favorable au droit humanitaire. Elles « ont pour objet le respect de ce droit par les États tiers et, le cas échéant, par des acteurs non étatiques intervenant dans des États tiers »⁷⁸. À ce titre, l'UE peut financer des ONG exerçant une action de diffusion, comme elle peut rappeler le droit humanitaire à tel ou tel État qui ne le respecte pas, dans une crise donnée.

2. « Faire respecter » grâce à l'interprétation

Les concepts opératoires du DIH ne sont pas toujours aisés à reconnaître, derrière les faits. C'est pourquoi le CICR a suscité des travaux d'interprétation, menés ou dirigés par des membres du Comité, ou des responsables de ses services. Dès 1952 Jean Pictet publie des commentaires des conventions de 1949⁷⁹, notamment à la lumière des travaux préparatoires. Après l'adoption des Protocoles, ce sont Yves Sandoz, Christophe Swinarski, Bruno Zimmermann et d'autres qui publient les Commentaires des Protocoles additionnels⁸⁰.

L'interprétation se fait dans un sens large. Par exemple, la non-ratification des Protocoles par des États actifs dans les conflits armés a conduit des chercheurs du CICR à se lancer dans une étude sur la possibilité de normes de droit humanitaire coutumières, et donc applicables hors ratification. C'est en 2005 que cette étude est présentée⁸¹. C'est ensuite, en 2009, sous la forme d'un « Guide interprétatif de la Participation directe aux Hostilités » que le CICR a contribué à une clarification qui permet à certains civils de ne pas perdre durablement leur immunité pour une participation occasionnelle.

En même temps qu'il développait la diffusion, le CICR s'engageait dans une forme particulière d'interprétation : un éclairage pluriculturel du DIH. Il s'agissait d'éviter les réticences en dehors du monde occidental et d'assurer la déconnexion du droit humanitaire par rapport aux « racines chrétiennes » que pouvaient donner à supposer la personnalité de Henry Dunant et l'emblème

77 En vertu d'une Circulaire du Secrétaire général des Nations unies, *Respect du droit international humanitaire par les forces des Nations unies*, Circulaire du Secrétaire général, ST/SGB/1999/13, 6 août 1999.

78 UE, « Lignes directrices de l'Union européenne mises à jour concernant la promotion du droit humanitaire international », Journal officiel de l'Union européenne, Doc. 2009/C 303/06, 15 décembre 2009, p. 12 à 15, disponible sur : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML>

79 J. PICTET, *Commentaires des Conventions de Genève du 12 août 1949*, éd. CICR, Genève.

80 Y. SANDOZ, C. SWINARSKI, B. ZIMMERMAN (sous la dir.de), *Commentaires des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux quatre Conventions de Genève du 12 août 1949*, Genève, éd. Martinus Nijhoff, 1986.

81 J-M HENCKAERTS, L. DOSWALD-BECK, *Customary International Humanitarian Law, Volume I : Rules*, CICR, Cambridge University Press, 2005.

choisi⁸². Le CICR s'est attaché à démontrer que les principes de base de la discipline et plusieurs règles pouvaient se retrouver dans plusieurs traditions religieuses⁸³. Il a également concouru à la « désoccidentalisation » sur le plan symbolique. Si le Comité créé à Genève en 1853 a choisi le nom de Croix Rouge, en inversant les couleurs du drapeau helvétique, et sans rechercher une connotation religieuse, c'est dès le dernier quart du XIX^e siècle qu'est apparu le Croissant rouge turc⁸⁴. De même, une conférence du Mouvement de la Croix Rouge et du Croissant rouge a succédé aux Conférences de la Croix rouge, avant que le Protocole additionnel III ne vienne résoudre le problème de l'Étoile de David rouge⁸⁵. Et la devise « *Inter Arma Caritas* » – au milieu des armes, la charité – qui était celle du CICR depuis les débuts est aujourd'hui doublée par une autre devise, plus neutre « *Per humanitatem ad Pacem* » – par l'humanité vers la paix.

3. « Faire respecter » par l'incitation

Le CICR est ici le principal acteur, par sa diplomatie humanitaire⁸⁶ qui s'appuie sur le droit d'initiative humanitaire conféré au Comité par les articles 9/9/9/10 communs aux quatre Conventions de Genève déjà rencontrés. Dans le cadre de cet exercice de diplomatie, le CICR pratique en principe la discrétion, en ne s'adressant qu'à ceux qui sont en faute, ou en passe de l'être. Et sa prise de position ne porte pas sur la faute mais sur les actions positives qui sont attendues. C'est un mode d'action bien connu, qui n'a pas manqué d'attirer au CICR de nombreuses critiques pour – selon les déclarations – sa « timidité », voire sa « lâcheté »⁸⁷. Mais la polémique sur les méthodes de travail est aujourd'hui éteinte. Le CICR n'écarte plus la « dénonciation publique » lorsque certaines conditions sont réunies⁸⁸, et ses anciens contempteurs ont eu l'occasion de constater, dans leur propre travail, que les déclarations publiques ne sont pas sans effet négatif sur les personnes protégées⁸⁹.

82 Même si une analyse complète montre que le Christianisme se réfère à Jésus de Nazareth, crucifié à Jérusalem sous occupation romaine et que les premiers Papes ont été persécutés par Rome...ce qui contredit le caractère « occidental ». D'ailleurs, le refus de l'Europe de se réclamer de « racines chrétiennes » va dans le même sens. Mais il s'agit là d'un cliché lié à l'histoire de Moyen-Âge, lorsque les « Croisés » sont partis d'Europe – et tout d'abord de France –, pour rouvrir la possibilité de pèlerinage à Jérusalem, auprès du tombeau de Jésus. Cette référence à des événements des années 1099 à 1279 imprègne encore profondément la vision qu'une grande partie du monde musulman a du monde occidental.

83 Par exemple, la règle « ne fais pas à autrui ce que tu ne voudrais pas qu'il te fasse » se retrouverait dans les écrits du Bouddhisme, du Christianisme, de l'Islam, du Jainisme, du Judaïsme, du Sikhisme, du Taoïsme et du Zoroastrisme (voir C. Ciocchetti, *The Golden Rule* in R. KOLB (dir.), *Encyclopedia of business ethics and society*, disponible sur <https://ssrn.com/abstract=1436110>).

84 Lors de la guerre russo-turque de 1876-1878, l'Empire ottoman a adopté le signe du croissant. Le CICR a alors demandé à la Russie d'accepter de considérer le Croissant rouge à l'égal de la Croix rouge. Puis il demanda la réciproque à l'Empire ottoman. Le symbole du Croissant rouge apparaît ensuite dans la Convention de 1929 sur les prisonniers de guerre.

85 L'emblème de la société nationale israélienne était refusé par les sociétés nationales des pays arabes et musulmans. Ce protocole a créé le « diamant rouge », sorte de losange au centre duquel chaque société est libre d'inscrire l'emblème qu'elle choisit.

86 On peut en retenir la définition suivante : « *Humanitarian diplomacy encompasses the activities carried out by humanitarian organizations to obtain the space from political and military authorities within which to function with integrity* » (L. MINEAR, H. SMITH Hazel (dir.), *Humanitarian diplomacy : Practitioners and their Craft*, United Nations Press, Tokyo, 2007, p. 1).

87 La polémique a été fortement alimentée par les paroles de Bernard Kouchner lorsqu'il a rompu avec le CICR, avec lequel il avait travaillé au Biafra (il accusait alors le CICR de ne pas dénoncer publiquement le comportement du Nigéria, qui n'hésitait pas à bombarder ses hôpitaux de campagne dans le réduit biafrais, ainsi que les terrains d'aviation permettant de les ravitailler). Il évoquait aussi l'attitude du CICR lors de la Shoah (voir à ce sujet <https://www.icrc.org/fr/document/le-cicr-1939-45-holocauste>).

88 On lit dans l'édition 2016 du Commentaire des Conventions de 1949, à propos de l'article sur le « droit d'initiative » : « *when despite its efforts and in the case of major and repeated violations of humanitarian law, it fails to convince the authorities to assume their responsibilities [...], the ICRC may resort to other methods, including, under certain conditions, public denunciation* » (CICR, *Commentaire de la première Convention de Genève*, 2019, § 1146, et accessible sur <https://ihl-databases.icrc.org/ihl/full/GCI-commentary>). Voir également « Action by the International Committee of the Red Cross in the event of violations of international humanitarian law or of other fundamental rules protecting persons in situations of violence », *Revue Internationale de la Croix Rouge*, vol. 87, N° 858, juin 2005, p. 393–400.

89 Voir, à propos de la politique de confidentialité, ce passage du Commentaire de l'article 9 de la première Convention de Genève, « *Confidentiality allows the ICRC to have greater access to victims of armed conflict and other situations of violence, to engage in a bilateral dialogue with the relevant authorities so as to be able to fulfil its humanitarian mission, and to improve the security of its beneficiaries and staff in the field* » (note 68). Voir également « The International Committee of the Red Cross's (ICRC's) confidential approach. Specific means employed by the ICRC to ensure respect for the law by State and non-State authorities », *Revue Internationale de la Croix Rouge*, vol. 94, n° 887, septembre 2012, p. 1135–1144, « Action by the International Committee of the Red Cross in the event of violations of international humanitarian law or of other fundamental rules protecting persons in situations of violence », *Revue internationale de la Croix Rouge*, vol. 87, n° 858, juin 2005, p. 393–400.

Les États ont été plus longs à s'approprier l'article 1^{er} commun, même si le CICR le leur a rappelé à plusieurs reprises. Des appels aux Hautes Parties contractantes renvoyant expressément à l'article 1er commun ont notamment été lancés par le CICR en 1974 (Moyen-Orient), en 1979 (Rhodésie/Zimbabwe), en 1980 (Afghanistan), en 1983 puis en 1984 (Iran et Irak), en 1992 (Bosnie-Herzégovine) et en 1995 (Rwanda). Depuis, les États sont devenus plus actifs ; mais leurs incitations tournent souvent à la stigmatisation.

Le Conseil de Sécurité fait preuve depuis de nombreuses années d'une grande activité dans le domaine. Dès 1992, avec les affaires de Somalie et de Bosnie-Herzégovine, il a commencé à évoquer le non-respect du droit humanitaire, d'abord en matière de respect de l'assistance humanitaire, puis de non-respect de l'intégrité physique. Ce n'est que récemment qu'il a mis en avant un fondement explicite pour ce genre d'appels, en « réaffirm[ant] qu'il a la responsabilité principale du maintien de la paix et de la sécurité internationales et qu'il se doit donc de promouvoir et d'assurer le respect des principes et des règles du droit international humanitaire »⁹⁰.

Dans certaines affaires, le Conseil de sécurité fait appel à toutes les parties indistinctement pour qu'elles respectent le droit humanitaire, quitte à formuler la même exigence envers des groupes armés qui n'ont conclu ni Conventions ni Protocoles additionnels, dans une allusion implicite à la coutume. C'est souvent à propos de l'assistance humanitaire que le Conseil de sécurité doit s'intéresser au non-respect du droit humanitaire. Aussi a-t-il tenté plusieurs formules. Après le pur et simple appel au respect, il a repris le concept de « refus arbitraire » d'autorisation, dont on a vu – en première partie – qu'il avait été mis en avant à plusieurs reprises dans la sphère du CICR. Mais employer le terme « arbitraire » dans une affaire spécifique, c'est déjà entrer dans la stigmatisation.

4. « *Faire respecter* » par la stigmatisation

Le Conseil de Sécurité n'hésite pas à stigmatiser la partie qui lui semble plus coupable, pour autant que l'exercice du droit de veto en son sein ne l'en empêche pas. C'est en 2014, avec la résolution 2139 sur la Syrie et en 2015 avec la résolution 2216 sur le Yémen qu'il est entré dans la voie d'une stigmatisation fondée sur le refus « arbitraire » d'autoriser l'assistance.

D'autres organismes humanitaires peuvent également bénéficier des articles 9, 9, 9, 10. Et certains s'en autorisent pour critiquer le non-respect du DIH. Les ONG qui interviennent dans le domaine des droits de l'homme, Amnesty International et Human Rights Watch par exemple, ont aujourd'hui élargi leur champ au droit humanitaire. Leur action fait appel à la dénonciation publique.

5. « *Faire respecter* » par la dissuasion

Enfin, le Conseil de sécurité en créant des Tribunaux pénaux internationaux s'est reconnu compétent pour instaurer un organe destiné à juger ceux qui enfreignent le droit humanitaire, entre autres normes. C'est là une démarche de dissuasion, destinée à améliorer le respect du droit humanitaire.

⁹⁰ Résolution 2175 du 29 août 2014 sur la sécurité du personnel humanitaire, CS/RES/2175 (2014).

Mais, il ne s'agissait, jusqu'ici que du premier type de stratégie – le plus simple – : amener ceux qui y sont obligés à respecter le droit humanitaire. Il en existe trois autres types.

B. Les stratégies d'application non littérale du droit humanitaire

On entend par cette formule qu'il s'agit de faire appliquer l'esprit bien plus que la lettre du droit humanitaire, pour assurer la protection de ceux qui ont vocation à bénéficier du droit humanitaire. Des politiques ont été menées en ce sens avec pragmatisme (1), avant que ne soit conceptualisée la protection autour et au-delà du droit humanitaire (2).

1. *Des politiques pragmatiques*

Elles peuvent être le fait du CICR, comme d'autres acteurs, et visent à agir auprès des États comme des groupes armés non étatiques.

a. La sauvegarde de l'essentiel, sans égard pour le régime juridique applicable

Le CICR, gardien du droit humanitaire, considère qu'il doit parler avec tous les acteurs pour sauver l'essentiel. Ses représentants affirment même volontiers qu'ils « parlent avec le diable s'il le faut ». Or, si le diable n'est, à l'évidence, partie ni aux Conventions de 1949 ni aux Protocoles de 1977, pour ceux qui, par leur comportement dans le conflit, se voient désignés comme « le diable », la qualité de partie importe peu. Ils agissent comme leurs besoins leur dictent et parfois même comme l'instinct de leurs guerriers l'implique. C'est bien souvent dans un tel contexte que se déroule l'action du CICR ; et c'est peut-être dans ces cas-là qu'il donne le témoignage d'engagement le plus remarquable. Il lui est alors nécessaire de faire preuve d'imagination.

Il avait déjà innové dans la Guerre civile espagnole, dans une situation particulièrement complexe. À l'époque, il n'existait aucun texte de droit humanitaire – les Conventions de 1949 et leur article 3 commun n'existant manifestement pas encore – sur les conflits se déroulant à l'intérieur du territoire d'un État et présentant un caractère non international. Le CICR n'en désignera pas moins, vu la gravité des événements, une équipe dans laquelle le Délégué général, Marcel Junod, parviendra à avoir une action effective

« Dans un tel conflit, les Conventions de Genève, alors en vigueur, ne donnaient pas aux délégués du Comité international les moyens d'accomplir pleinement leur mission d'intermédiaire neutre entre les deux adversaires. N'importe... Marcel Junod, tout brûlant de foi, fit plus que son devoir. Par ses interventions incessantes dans les deux camps, par son appel à ce qui restait d'humain dans une lutte jusque-là sans merci, il réussit à sauver des milliers de vies. Grâce à lui, des condamnés furent épargnés, des otages, voués à la mort, sauvés et échangés⁹¹. »

91 Paroles de Léopold Boissier, Président du CICR aux obsèques de Marcel Junod en 1961.

En effet, il avait d'abord établi avec les deux parties les bases de l'action du CICR et obtenu des accords des deux parties belligérantes. À son actif figurent la circulation de quelque 5 millions de messages familiaux, la libération d'otages au Pays basque et « la libération de 5 000 détenus à Barcelone, dont la vie était menacée lors des combats qui ont précédé la chute de cette ville »⁹² On relèvera que l'échange d'otages n'est pas une modalité prévue par le droit humanitaire ; qu'il y ait été fait recours dans ce cas démontre bien le pragmatisme de l'action du CICR, dont l'objectif est d'abord de sauver des vies. En l'occurrence, en l'absence de normes pour la situation donnée, le CICR a fait « au mieux ».

Un autre exemple concerne la Colombie où, pendant le très long conflit non international de haute intensité, un vaste territoire, d'une superficie équivalente à la Suisse, avait été laissé au contrôle des FARC par le gouvernement qui souhaitait rechercher un apaisement⁹³. Les conditions de fond pour la mise en œuvre du Protocole II sur les CANI étaient réunies. Mais la Colombie n'avait pas ratifié le Protocole et ne voulait en aucun cas le faire. Or, le CICR n'a pas à être d'accord avec l'État territorial sur la qualification de la situation⁹⁴, à propos de laquelle, d'ailleurs le Comité ne communique jamais. Les deux éléments conjugués donnent une grande liberté – ce qui ne veut pas dire de grandes facilités – pour travailler dans des situations telles que celle de la Colombie.

Une démarche un peu similaire peut se retrouver chez d'autres organisations humanitaires.

b. La limitation de la violence par l'implication d'acteurs non engagés envers le DIH

La situation des groupes armés non étatiques – autres que les Mouvements de libération nationale⁹⁵ au regard du droit humanitaire n'est pas claire. Pour certains, leurs membres sont liés en tant que ressortissants d'un État lié... contre lequel ils ont pris les armes⁹⁶.

Une ONG suisse, l'Appel de Genève a choisi une voie originale qui ne fait pas appel aux Conventions et Protocoles : obtenir de ces mouvements un engagement, non pas sur l'intégralité du droit humanitaire, mais au moins sur un point essentiel. Créée en 2000, peu après la Convention d'Ottawa, l'organisation a d'abord mis au point un « Acte d'engagement » sur les mines antipersonnel. Même si le thème est humanitaire, il ne s'agit pas de s'appuyer sur les dispositions des Conventions et Protocoles de Genève qui ne comportent pas de stigmatisation directe des armes en question⁹⁷. Pourtant, il est intéressant de constater que le site de l'Appel de Genève rattache bien son action au droit humanitaire, et également, qu'il n'attache pas de conséquence particulière à la distinction entre conflit armé et autres situations de violence.

92 *Idem*, reproduit sur <https://www.junod.ch/marcel-junod>

93 Il s'agissait de la période de la présidence Pastrana (1999-2002).

94 « *There is no need for the organization offering its services and for the entity receiving the offer to agree on the legal classification of the situation, i.e. whether it qualifies as an armed conflict and, if so, if it is international or non-international in character* », CICR, *Commentaire de la Première Convention de Genève, 2016*, § 1134.

95 Dont l'engagement est prévu par l'article 96 du P.A. 1, 8 juin 1977.

96 A. BELLAL, G. GIACCA, S. CASEY-MASLEN, « International law and armed non state actors in Afghanistan », *Revue internationale de la Croix Rouge*, vol. 93, 2011, p. 1-33.

97 On peut discuter de savoir si elles tombent sous le coup de la condamnation des « maux superflus » prévue par l'article 35 § 2 du P.A 1, 8 juin 1977.

« L'Appel de Genève est une organisation non-gouvernementale neutre et impartiale qui se consacre à la promotion du respect par les acteurs armés non-étatiques (AANE) du droit humanitaire international dans les conflits armés et dans et autres situations de violence, notamment dans le domaine de la protection des civils. »

L'action de l'Appel de Genève se concentre sur l'interdiction des mines antipersonnel, la protection des enfants dans les conflits armés, l'interdiction de la violence sexuelle dans les conflits armés et l'élimination de la discrimination basée sur le genre. L'Appel de Genève répond également aux demandes des AANE souhaitant développer leurs connaissances ou renforcer leurs capacités de mise en application des normes humanitaires internationales, notamment par le biais de formations ou de conseils techniques

Créée à une époque où, déjà, la plupart des belligérants étaient des groupes non étatiques, cette association a fait le pari d'inviter les groupes armés à s'engager sur quelques normes seulement et de façon expresse. Après celui concernant les mines antipersonnel, elle élaborera en 2010 son Acte d'engagement pour la protection des enfants contre les effets des conflits armés, et en 2012, celui qui porte sur l'interdiction des violences sexuelles. Elle s'enorgueillit d'avoir obtenu de 63 groupes armés la signature d'au moins un tel acte ; et évoque un respect globalement satisfaisant des engagements.

2. Une conceptualisation large de « la protection »

Elle est le fait de la profession humanitaire, à l'initiative du CICR qui a initié, à partir de 1998, des séminaires entre acteurs investis d'un mandat de protection, ou professant un intérêt particulier pour celle-ci. En effet, la dernière décennie du xx^e siècle a vu le nombre et les types d'acteurs intervenant dans ce domaine se multiplier. Alors que l'extension de la protection se développait en matière de déplacements forcés⁹⁸, que l'UNICEF développait ses politiques « basées sur les droits » en faveur des enfants, et que les Nations unies demandaient à leurs Opérations de paix de veiller sur les personnes – par une protection physique –, le CICR perçut le besoin de lancer une réflexion sur la protection, approchée de manière globale.

Les séminaires ont abouti à une définition, qui a été reprise par le IASC – ou Comité permanent inter-institutions⁹⁹ :

« ... *all activities aimed at obtaining full respect for the rights of the individual in accordance with the letter and the spirit of the relevant bodies of law (i.e. HR law, IHL, refugee law)*¹⁰⁰. »

98 À la Convention de Genève de 1951 sur les réfugiés s'est ajoutée en 1969 la Convention d'Addis Abeba régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique en 1999, des Principes directeurs sur les déplacés internes, puis, en 2009 la Convention de Kampala sur les déplacés internes en Afrique.

99 Qui regroupe les acteurs clés de l'humanitaire depuis 1992, sur la base d'une résolution 46/182 de l'Assemblée générale.

100 ICRC, *Professional Standards for Protection Work Carried Out by Humanitarian and Human Rights Actors in Armed Conflict and Other Situations of Violence*, 2nd edition, ICRC, Geneva, 2013, p. 12, and Inter-Agency Standing Committee, *IASC Operational Guidelines on the Protection of Persons in Situations of Natural Disasters*, The Brookings – Bern Project on Internal Displacement, Bern, January 2011, p. 5.

Ce texte appelle trois observations. La première concerne le texte lui-même, et plus précisément l'allusion à l'« esprit » des normes protectrices. Elle est en accord avec le fait que les principes jouent en droit humanitaire un rôle particulier et contribuent souvent directement à la protection, sans qu'aucune règle précise ne soit appliquée à la lettre – on l'a vu plus haut pour la guerre d'Espagne.

Une seconde observation concerne le passage d'une approche centrée sur le droit humanitaire à une approche du thème de la protection que l'on pourrait appeler « multi-*corpus* ». On peut la suivre à travers des textes ciblés. En effet, depuis l'adoption de cette définition, les Nations unies ont ajouté – ou, plus, précisément le Conseil de sécurité a ajouté – d'autres textes sur la protection. Il s'agit de résolutions quasi législatives sur la Protection des civils et des enfants dans les conflits armés, ainsi qu'une résolution « Femmes, paix, sécurité ». Leur contenu mérite attention, car on y voit la cristallisation progressive du thème de la protection. La toute première d'entre ces résolutions, la résolution 1261 (1999) sur les enfants dans les conflits armés, s'inquiétait du sort fait aux enfants sans employer le terme « protection » ; c'est en 2005 que la résolution 1612 emploie l'expression « protection des enfants dans les conflits armés ». De manière similaire, la première résolution sur la protection des civils, sous le numéro 1265 (1999), part du DIH en condamnant « vigoureusement le fait de prendre pour cibles les civils touchés par les conflits armés ainsi que les attaques contre des objets protégés par le droit international » (§ 2), demande aux parties concernées de « s'acquitter strictement des obligations contractées » (§ 4) et demande à ceux qui ne l'ont pas fait de ratifier les principaux instruments touchant le DIH, ainsi que ceux relatifs aux Droits de l'homme et aux réfugiés (§ 5). Mais c'est la résolution 1674 qui, en 2006, théorise la protection des civils. En 2000, la résolution 1325 « Femmes, paix, sécurité » insiste sur la participation des femmes dans les opérations et les négociations de paix, dans la prévention des conflits et la reconstruction aux paragraphes 1 à 5, tandis que la protection n'arrive qu'au paragraphe 6.

Quant à la résolution 1674, déjà évoquée ci-dessus, elle aborde la projection de la protection sur le terrain, par les Nations unies. Le Conseil de sécurité y :

« réaffirme sa pratique qui consiste à faire en sorte que les mandats des missions de Maintien de la Paix, des missions politiques et missions de consolidations de la paix des comportent [...] « des dispositions visant à i) protéger les civils, en particulier en cas de menace imminente d'atteintes à l'intégrité physique des personnes dans leur zone d'opérations, ii) faciliter l'assistance humanitaire, et iii) créer des conditions propices au retour volontaire des réfugiés et personnes déplacées, en toute sécurité et dans la dignité, et entend faire en sorte i) que les mandats de ces missions précisent ce que ces dernières peuvent et doivent faire pour atteindre ces objectifs... ».

Et cette résolution fait référence aux paragraphes 138 et 139 du Document du Sommet de 2005 qui portent sur la responsabilité de protéger et qu'il « réaffirme »¹⁰¹ (§ 4).

101 § 4. Ce paragraphe reste dans la droite ligne du Document du Sommet et n'élargit pas les motifs de la responsabilité de protéger au-delà des quatre thèmes retenus en 2005.

Enfin, une troisième observation s'impose, sur la pratique de ce concept de protection, après les textes qui viennent d'être évoqués. Un vaste processus de concertation entre organisations humanitaires et organisations de protection des droits de l'homme, qui a duré deux ans, a abouti en 2009 à la publication des *Standards professionnels pour les activités de protection*, sous la responsabilité du CICR, mais à destination de tous les professionnels de la protection. Pour mettre en place l'approche multi-*corpus* – d'ailleurs présente dans d'autres documents¹⁰² –, il faut des actions concertées des différents acteurs.

Mais, il existe encore d'autres stratégies.

C. Les stratégies de substitution dans l'exécution

Il s'agit de fournir une protection comparable à celle que fournirait le respect du droit humanitaire par ceux à qui il fait obligation expresse. Ces stratégies sont le fait d'acteurs qui déplorent le manque de respect du droit humanitaire et ne veulent pas se résoudre à observer en ne faisant que stigmatiser.

1. L'ingérence des ONG « sans-frontiéristes »¹⁰³ en faveur de l'assistance

Il convient d'exposer d'emblée l'incompréhension qui entoure aujourd'hui cette doctrine, énoncée pour la première fois en 1987. Il s'agissait de donner un fondement juridique au franchissement irrégulier de la frontière vers des pays dont les autorités n'acceptaient pas les secours internationaux, et non pas d'autoriser des États à engager des opérations militaires¹⁰⁴. La cause de l'ambiguïté peut être recherchée dans des déclarations imprudentes bien postérieures¹⁰⁵, concernant en réalité des interventions d'humanité¹⁰⁶.

On ne retracera pas, ici, tout le chemin qui a conduit, de la dénonciation du CICR par Bernard Kouchner et ses compagnons, à la création de MSF – jugée potentiellement plus efficace car plus indépendante des États que le CICR – et à l'émission du concept de « droit d'ingérence humanitaire »¹⁰⁷. Des cas réels d'ingérence ont eu lieu, notamment sur la frontière afghano-pakistanaise, à l'époque de la présence soviétique, on l'a vu plus haut. Certains de ceux que l'on appelait les « *French doctors* » ont été arrêtés par l'armée soviétique, jugés et, plus tard, libérés. On peut décomposer ainsi l'architecture de l'ingérence humanitaire :

102 Selon la Préface des *Standards professionnels pour les activités de protection*, ceux-ci « complètent, et ne visent pas à remplacer, d'autres ensembles de standards utilisés par les acteurs de la protection, notamment les Principes directeurs inter-agences relatifs aux enfants non accompagnés ou séparés de leur famille (2004), les Minimum Standards for Child Protection in Humanitarian Action (2012) ou les normes élaborées par le HCDH. Enfin, dans son édition 2011, le manuel Sphère a inclus un chapitre sur les principes de protection. Ces quatre principes sont fondamentaux pour tout acteur conduisant une intervention humanitaire, qu'il se considère ou non comme un acteur de la protection. Il convient de souligner que ces efforts de définition de normes dans le domaine de la protection sont complémentaires, et non contradictoires ou répétitifs » (Préface de l'édition de 2013).

103 Le terme ne fait pas spécifiquement référence à MSF, qui, bien que fondée dans un esprit libertaire à la suite de la rupture de certains médecins avec le CICR, s'est ensuite écartée de la ligne de l'ingérence, au nom du professionnalisme.

104 Voir B. KOUCHNER, M. BETATI, *Le devoir d'ingérence : Peut-on les laisser mourir ?*, éd. Denoel, 1989. Il s'agit des Actes du colloque de janvier 1987 organisé par Bernard Kouchner et Mario Bettati.

105 Cf. à propos de l'affaire du Kosovo (1999), Lloyd Axworthy, ainsi que Bernard Kouchner.

106 C'est-à-dire des interventions militaires destinées à faire cesser une situation de grand danger pour les personnes. L'intervention d'humanité a été pratiquée à la fin du XIX^e siècle et dans la seconde moitié du XX^e (Kolwezi, intervention de la Tanzanie en Ouganda contre Amin Dada, intervention du Vietnam contre les Khmers rouges).

107 Voir M.-J. DOMESTICI-MET, « Aspects juridiques récents de l'assistance humanitaire », *Annuaire français de droit international*, 1989.

- l'obligation pour un certain État de laisser les secours accéder aux personnes vulnérables
- un refus, voire une action hostile aux sauveteurs, de la part de cet État
- et, enfin une action de secours qui enfreint les interdictions, voire franchit les frontières clandestinement, au nom de l'intérêt supérieur des êtres humains à secourir.

L'appui recherché du côté des Nations unies pour proclamer le droit à l'assistance des victimes, et le droit d'y répondre par voie d'ingérence n'a pas été total. Si l'Assemblée générale, saisie d'un projet de résolution par la France¹⁰⁸, salue le rôle des ONG, elle réaffirme la responsabilité première de l'État territorial dans les secours. C'est à tort que la résolution a été réputée avoir « reconnu le droit d'ingérence »¹⁰⁹; mais elle n'en a pas moins posé, dès 1988, un jalon sur le chemin de la reconnaissance des obligations de l'État en faveur de sa population, en périphérie de ce qui plus tard s'appellera « responsabilité de protéger »¹¹⁰. La responsabilité de l'État est « première », et l'on a, là, la base sur laquelle peut construire l'idée de substitution en cas de défaillance.

Mais un autre usage du terme « protection » devait manifester l'adoption d'une sorte d'exécution d'office, sinon d'exécution forcée.

2. *Les politiques protectrices des Nations unies : libérer l'assistance des entraves*

Si le droit d'ingérence n'a pas été reconnu aux acteurs humanitaires, le besoin d'action en faveur des personnes vulnérables dans les situations conflictuelles n'a pas échappé aux Nations unies. Lassé d'appeler en vain au respect du droit humanitaire, le Conseil de sécurité s'est, avec les opérations de maintien de la paix de « seconde génération », engagé dans la voie de l'exécution d'office¹¹¹, qui le conduira ensuite aux lisières de l'exécution forcée.

a. *La protection contre les entraves matérielles*

En Bosnie-Herzégovine, le Conseil de Sécurité entend permettre le déroulement normal des opérations humanitaires, en pleine guerre. Il s'inquiète de savoir si sont « remplies les conditions requises pour une distribution effective et sans entrave de l'aide humanitaire, y compris grâce à la sécurité de l'accès aux aéroports de Bosnie-Herzégovine »¹¹². La FORPRONU (Force de Protection des Nations unies), créée en février 1992 à la suite d'un cessez-le-feu pour maintenir la paix va recevoir, ensuite, la charge d'« assurer [...] l'acheminement de l'aide humanitaire à Sarajevo et dans d'autres parties de la Bosnie-Herzégovine »¹¹³. L'idée est de créer un environnement sûr dans lequel l'aide

108 Le projet parlait d'abord de « droit à la vie » dans la perspective d'un possible droit à l'assistance. Il avait été revu en supprimant les mots « droit à la vie ». La résolution porte le numéro 43/131 et a été suivie par la résolution 45/100.

109 Vision largement véhiculée dans la société civile au début des années 90, dans l'ambiance de la « chute du mur ».

110 L'expression « en périphérie » a été retenue, car – on le sait – la responsabilité de protéger n'a finalement été retenue, en 2005 que face aux crimes de guerre, crime contre l'humanité, crime de génocide et épuration ethnique.

111 L'exécution d'office est un privilège dont dispose l'administration en droit administratif français, dans certains cas, au nom de l'intérêt général qu'elle est censée garantir. Par exemple, si des travaux urgents pour une raison de sécurité ont été ordonnés, et que le temps passe sans que le propriétaire ne s'exécute, l'administration en charge de l'ordre public peut les exécuter d'office, c'est-à-dire par décision unilatérale, sans autorisation du juge.

112 Résolution 752 du Conseil de Sécurité du 15 mai 1992. CS/RES/752 (1992).

113 Résolution 770 du Conseil de Sécurité du 13 août 1992, 7e alinéa. CS/RES/770 (1992).

humanitaire est dispensée sans encombre, sans être sujette au bon vouloir de telle ou telle partie. Il n'est pas question, pour autant, de forcer le passage, mais seulement d'assurer que l'ordre public règne et qu'aucun blocage n'intervienne.

Hélas, la guerre fait rage, l'épuration ethnique sévit, les « check points » tenus par des hommes en armes se multiplient ; et la FORPRONU – qui n'a pas le mandat d'utiliser la force et qui dispose d'un armement léger – peine à s'acquitter de sa mission, si ce n'est en ouvrant des routes de substitution aux routes bloquées. Les appels à la raison lancés vers les parties au conflit sont demeurés vains, de même que des mesures de pression prises contre la République fédérative de Yougoslavie (Serbie-Monténégro)¹¹⁴ sous forme de « sanctions », c'est-à-dire d'isolement économique.

Dès lors, le Conseil de Sécurité va s'orienter vers l'exécution forcée, c'est-à-dire vers l'utilisation de la force. C'est en septembre 1992, que par la Résolution 776, le Conseil de sécurité « autorise l'élargissement du mandat de la FORPRONU, ainsi que celui de ses effectifs [...] ». Désormais, la FORPRONU, désignée comme FORPRONU II, pourra forcer les barrages si nécessaire. Sa capacité militaire sera, à cette fin, renforcée dans les mois qui suivront, tandis que des constructions intellectuelles nouvelles feront leur apparition, autour de la territorialisation de l'immunité consentie par le droit humanitaire. On peut en distinguer deux formes.

Le corridor humanitaire, apparu dans le vocabulaire de l'Assemblée générale¹¹⁵, est une première forme très fréquemment employée par le Conseil de Sécurité dans des résolutions relatives à une situation donnée. Il peut servir à donner une assise matérielle au passage que les belligérants sont tenus d'accorder¹¹⁶.

La zone de sécurité est une seconde forme de territorialisation qui, elle aussi, peut se rattacher au droit humanitaire, assez riche en dispositions sur ce thème¹¹⁷. C'est en Bosnie-Herzégovine que le Conseil de Sécurité a d'abord eu recours au label de « zone de sécurité », conféré à Srebrenica¹¹⁸, puis à Sarajevo, ainsi que Bihac, Gorazde, Tuzla, Zepa¹¹⁹. Ces statuts territoriaux évoquent la notion d'exécution d'office, car ils offrent « d'office » la protection à des personnes vulnérables, sans que les belligérants n'aient pris le soin de les établir. Et, plus tard, quand la FORPRONU recevra le mandat de défendre ces zones contre tout agresseur¹²⁰, l'institution évoquera l'exécution forcée. Mais les zones de sécurité créées par les Nations unies n'ont pas, pour autant, apporté une protection fiable. Les villes en question n'étaient pas dépourvues d'enjeu militaire – à l'encontre de ce qui caractérise les zones prévues par le droit humanitaire – ; dès lors, s'affranchir de la volonté des belligérants

114 Dans la décomposition de la Yougoslavie, les républiques fédérées de Serbie et du Monténégro sont restées les dernières avant l'éclatement final. Elles avaient constitué ce que l'on appelait alors une « nouvelle » Yougoslavie.

115 Résolution 45/100 de l'Assemblée générale du 14 décembre 1990

116 Voir, par exemple, art 70 § 2 du P.A 1 : « Les Parties au conflit et chaque Haute Partie contractante autoriseront et faciliteront le passage rapide et sans encombre de tous les envois, des équipements et du personnel de secours fournis conformément aux prescriptions de la présente Section, même si cette aide est destinée à la population civile de la Partie adverse ».

117 Article 23 de la C. G I, *Zones et localités sanitaires*, article 14 de la C. G IV, *Zones et localités sanitaires et de sécurité*, article 15 de la C. G IV, *Zones neutralisées*, article 59 du P. A. 1, *Localités non défendues*, article 60 du P.A. 1, *Zones démilitarisées*.

118 Résolution 819 du Conseil de Sécurité du 16 avril 1993. CS/RES/819 (1993).

119 Résolution 824 du Conseil de Sécurité du 6 mai 1993. CS/RES/824 (1993).

120 Résolution 836, du Conseil de Sécurité du 4 juin 1993. CS/RES/836 (1993).

pour décider, d'office, leur création n'allait pas rencontrer leur assentiment. L'usage de la force, seul, pouvait inverser la dynamique du conflit, mais les Nations unies ne s'en sont pas donné les moyens : pas de délimitation précise des zones en question, des effectifs insuffisants pour les défendre. Ainsi s'explique la chute de Srebrenica¹²¹.

Une autre formule, moins ambitieuse, a conduit à quelques succès, très peu médiatisés.

b. La Protection vis-à-vis des entraves juridiques

Plus récemment, le Conseil de Sécurité a choisi d'agir d'office pour apporter de l'aide en Syrie. La résolution 2165 (2014), établit un lien très net entre le non-respect du droit humanitaire par les « parties au conflit, en particulier les autorités syriennes » (§ 1 de la résolution) et sa décision d'autoriser le franchissement des « lignes de conflit ainsi que [des] postes-frontière de Bab el-Salam, Bab el-Haoua, Yaroubiyé et Ramtha », « afin de faire en sorte que l'aide humanitaire [...] parvienne par les voies les plus directes aux personnes qui en ont besoin dans toute la Syrie » (§ 2). Il est passé outre à la volonté des autorités syriennes, qui ne font que recevoir une notification du passage à la frontière, tandis qu'un « mécanisme de surveillance, placé sous l'autorité du Secrétaire général » contrôle le chargement des camions. On ne peut parler d'ingérence humanitaire, car le Conseil de sécurité, sous Chapitre VII a le droit de prendre « toutes mesures » exigées par une rupture de paix. Mais on est bien dans l'exécution d'office sans autorisation de passage. La résolution est d'ailleurs censée se jouer également de la volonté des belligérants autres que l'État syrien, comme l'indique l'allusion au franchissement sans leur accord des « lignes de conflit » – anglicisme pour « lignes de front ». Dans les faits, c'est essentiellement sur la frontière turco-syrienne que le mécanisme a joué.

Il est des stratégies qui s'éloignent plus encore de l'application du droit humanitaire, mais que l'on se doit tout de même d'envisager dans le spectre des mesures pouvant bénéficier aux personnes que le droit humanitaire a pour fonction de protéger.

D. L'inapplication du droit humanitaire comme stratégie de réduction de la violence : la non-poursuite des crimes de guerre pour obtenir la paix

Cet intitulé ne peut manquer de choquer, car il évoque l'impunité, la faiblesse devant le crime. La situation peut sembler grave, car la sanction de la violation a pu être mentionnée comme un marqueur essentiel de la juridicité¹²². De plus, on parvient, ici, aux limites de ce qui peut être qualifié de stratégie de mise en œuvre du droit humanitaire. On pense plutôt à une soumission du *jus in bello*, aux besoins du *jus contra bellum*¹²³. Or, le premier est protecteur de la personne humaine, tandis que le second est un ensemble de procédures permettant de protéger les Etats dans les relations internationales et – certes – d'éviter le « fléau de la guerre » dont les personnes sont toujours victimes.

121 Dès lors que les « Casques bleus », présents en petit nombre, n'ont pas consenti l'ultime sacrifice, qui, seul, dans ces circonstances, aurait pu donner à réfléchir aux assaillants.

122 Pour Kelsen, le rôle du droit n'est pas tant de prohiber que de prévoir des sanctions.

123 Pour employer la formule de Robert Kolb (*Jus contra bellum : le droit international relatif au maintien de la paix : précis*, 2^e éd., Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2009), au lieu de celle de « *jus ad bellum* » – ou « droit à faire la guerre » –, qui est aujourd'hui dépassée.

Cependant, il faut bien distinguer entre deux situations.

1. *La tentation de l'impunité*

Elle est, bien entendu, présente. Blaise Pascal l'a bien dit : quand on ne peut pas faire que ce qui est juste soit fort, il est tentant de faire que ce qui est fort soit juste. C'est d'autant plus tentant que la poursuite des hostilités fauche des vies humaines, et que faire la paix – même avec des criminels –, peut apporter un soulagement¹²⁴. De plus, les immenses espoirs qui avaient été fondés sur la dissuasion par la répression pénale internationale ont aujourd'hui fait place, avec le recul, à des approches plus mitigées¹²⁵.

Mais, l'idée d'échanger l'impunité contre la paix a été écartée dans une affaire emblématique : celle de Sierra Leone. Dans la guerre civile, le RUF s'était illustré par sa violence, notamment par une campagne d'amputations¹²⁶. En 1999, un accord de paix avait été conclu à Lomé entre le gouvernement sierra-léonais et le RUF, dirigé par Foday Sankoh, qui, aux fins d'une mise en œuvre harmonieuse, bénéficiait d'une amnistie¹²⁷ et se trouvait dans le même temps investi de la mission de présider la Commission des diamants. Il mettait donc officiellement la main sur cette ressource précieuse qui était l'un de ses buts de guerre.

Toutefois, le Secrétaire général des Nations unies de l'époque, Kofi Annan, a décidé de bloquer les effets de l'article de l'Accord de Lomé qui conduisait à l'impunité de crimes de guerre, par la formulation d'une déclaration interprétative selon laquelle l'amnistie prévue à l'article IX ne pouvait pas être invoquée pour couvrir des crimes de guerre, des crimes contre l'humanité ou des actes de génocide¹²⁸. C'est ainsi, qu'aux côtés de la Commission Vérité et Réconciliation, prévue par l'Accord de Lomé, un Tribunal spécial pour la Sierra Leone a vu le jour.

Un accusé devant ce Tribunal, le lieutenant Kallon, a voulu contester, dans une exception préliminaire, la compétence du Tribunal, au motif que l'article IX de l'Accord de Lomé octroyait une amnistie à tous les membres du RUF. Ceux-ci, dès lors, ne devraient faire l'objet d'aucune poursuite judiciaire¹²⁹. Il fut débouté car le Tribunal a estimé que l'amnistie générale prévue par l'Accord de Lomé était en contradiction avec la tendance du droit international à proscrire les amnisties des crimes de guerre, crimes contre l'humanité et crime de génocide¹³⁰.

124 « Ne pouvant fortifier la justice, on a justifié la force, afin que le juste et le fort fussent ensemble, et que la paix fût, qui est le souverain bien » (Pensées (1670), VI, 7).

125 Certains experts considèrent que cette justice est trop lente et développe une jurisprudence trop subtile pour parler au profane et l'arrêter dans son geste, alors surtout que la logique intervient peu dans les ressorts de ceux qui commettent des atrocités. Au mieux, certains font état d'une responsabilisation d'ensemble dans les armées qui ont développé des conseillers juridiques opérationnels – LEGAD, dans le langage venu de l'OTAN. Sur ce point, voir le débat entre Chris Jenks et Guido Acquaviva (Revue internationale de la Croix rouge, numéro spécial sur « Générer le respect du droit », vol. 96, Sélection française, 2014).

126 Décidés à empêcher un scrutin, ses militants voulaient entraver le geste qui met le bulletin dans l'urne : ils demandaient aux personnes de choisir « manches longues » (main coupée) ou « manches courtes » (bras coupé en haut).

127 Prévues par l'article IX de l'Accord de Lomé.

128 Voir sur ce point C. BELL, *On the law of peace. Peace agreements and the lex pacificatoria*, Oxford University Press, 2008, p. 247.

129 Voir S. M. MEISENBERG, « Legality of amnesties in international humanitarian law. The Lomé Amnesty decision of the Special Court for Sierra Leone », *Revue internationale de la Croix Rouge*, décembre 2004, vol. 86, n° 856, p. 837-851.

130 « ... there is no customary rule prohibiting national amnesty laws, but only a development towards an exclusion of such laws in international law », cité in S. M. MEISENBERG, « Legality of amnesties in international humanitarian law. The Lomé Amnesty decision of the Special Court for Sierra Leone », *Revue Internationale de la Croix Rouge*, décembre 2004, vol. 86, n° 856, p. 837-851.

C'est ainsi que, progressivement, dans les instances onusiennes, a été formulée et affirmée la position selon laquelle l'Organisation des Nations unies ne pourra jamais être associée à un accord de paix qui contient une amnistie pour crimes de guerre, crimes contre l'humanité, crimes de génocide ou autres violations massives des droits de l'homme¹³¹.

En revanche, il est une autre formule qui ne conduit pas à l'impunité, et qui peut présenter certains des avantages de celle-ci en termes de retour à la paix.

2. *Le sursis à poursuivre*

Les accords de Dayton négociés en novembre 1995 n'ont pu être obtenus que grâce au bon vouloir des deux États indépendants qui patronnaient deux armées sécessionnistes de Bosnie-Herzégovine : le HVO croate et le VRS serbe. La Croatie, dirigée alors par Franjo Tudjman, et la Serbie, dirigée par Slobodan Milosevic, sont signataires, avec la Bosnie-Herzégovine du président bosniaque Izetbegovic. Or, Slobodan Milosevic n'a été mis en cause qu'en 1999 par le TPIY qui, cependant existait depuis 1993. On peut supposer que la non mise en cause précoce de Milosevic a quelque chose à voir avec l'arrêt des hostilités.

On retrouve quelque chose de cet esprit dans le statut de la CPI. Son article 16 fait un certain écho à l'idée d'opportunité des poursuites, sous une forme institutionnelle adaptée à la société internationale. L'article 16 dispose :

« Aucune enquête ni aucune poursuite ne peuvent être engagées ni menées en vertu du présent Statut pendant les douze mois qui suivent la date à laquelle le Conseil de sécurité a fait une demande en ce sens à la Cour dans une résolution adoptée en vertu du Chapitre VII [...] ; la demande peut être renouvelée par le Conseil dans les mêmes conditions ».

Ainsi, l'intérêt de la paix, apprécié par le Conseil de sécurité qui en a la responsabilité principale, peut-il justifier que la justice soit retardée. Selon les faits imputés aux mis en cause, c'est peut-être la sanction de l'application du droit humanitaire qui sera suspendue au nom de la paix. En quelque sorte, dans quelques cas, pour paraphraser une formule française sur les voies de droit, le *jus contra bellum* tiendra le *jus in bello* en l'état.

« Les récits des violations du *jus in bello* sont tellement nombreux qu'on en vient à se demander si... Le droit des conflits armés existe ailleurs que dans les textes qui l'énoncent et chez les juristes qui commentent ».

131 Rapport du Secrétaire général des Nations unies, *L'état de droit et la justice dans les sociétés en post-conflit*, 2004, Voir aussi *Rule of law tools for post-conflict States*, OHCHR, Nations unies, New York et Genève, 2009, *Directives des Nations unies pour une médiation efficace*, Annexe au rapport du Secrétaire général intitulé « Renforcement du rôle de la médiation dans le règlement pacifique des différends et la prévention et le règlement des conflits » (A/66/811, 25 juin 2012).

Cette boutade d'Éric David¹³² donne à réfléchir. *Quid* d'une possible obsolescence du droit humanitaire? De l'émergence naissance possible d'une coutume abrogative? Mais il y a lieu de se rassurer. La première raison en est le large éventail de stratégies envisagées, qui n'est pas un inventaire disparate. L'ensemble possède une cohérence : celle de protéger les personnes contre la violence, en luttant contre l'inapplication, ou, plus rarement, en instrumentalisant l'inapplication du droit humanitaire. Face au non-respect qui émerge de la multiplication des violations, les États, les organisations internationales, les ONG, et – par-dessus tout – le CICR développent des stratégies multiples, fidèles à l'esprit sinon toujours à la lettre du droit humanitaire.

Et le second facteur rassurant tient en un constat : les belligérants – États et parfois groupes armés – attachent beaucoup d'importance au droit humanitaire... en tant qu'arme permettant de discréditer l'adversaire, quand bien même ils sont eux-mêmes loin d'être sans reproches¹³³. Cette hypocrisie-là est une sorte d'hommage que le vice rend à la vertu, une *opinio juris* garante de la pérennité des normes bafouées¹³⁴.

132 E. DAVID, *Principes de Droit des conflits armés*, éd. Bruylant, Bruxelles, 2012, p. 976.

133 De même les observateurs ne voient-ils pas tous le non-respect chez les mêmes acteurs.

134 Comme l'a affirmé la CIJ dans l'arrêt sur les *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, le fait qu'il y ait beaucoup de précédents de non-respect ne signifie pas que la règle n'existe pas, si chaque violation fait l'objet de protestations.

L'OBJECTION DE CONSCIENCE OU L'INAPPLICATION AUTORISÉE DE LA LOI : LES RÉSISTANCES À L'ACCÈS À L'IVG PAR LES PERSONNELS DE SANTÉ EN ITALIE

Caterina SEVERINO¹

Résumé

L'inapplication de la règle de droit peut parfois résulter d'une sorte de résistance opposée à la règle par les personnes qui sont censées en assurer l'application. Cette résistance peut parfois se fonder sur un véritable droit que la loi reconnaît, sous la forme de l'objection de conscience, à savoir par la possibilité reconnue à l'individu qui est censé appliquer la norme, de refuser de le faire, si le contenu de cette norme heurte ses convictions personnelles, sa conscience. Le recours à l'objection de conscience peut toutefois ne pas demeurer un phénomène isolé, mais acquérir une certaine importance quantitative et il peut arriver que cette situation aboutisse à une véritable inapplication de la règle de droit. Dans le cadre de cette étude, sera présenté et analysé un cas d'inapplication grave de la règle de droit dû à un recours massif à la clause de conscience de la part des personnels de santé, à savoir l'inapplication de la loi italienne n. 194 du 22 mai 1978 ouvrant l'accès des femmes à l'interruption volontaire de grossesse. En constatant que l'Italie n'est pas le seul Pays à connaître ce genre de difficultés, surtout à une époque où les législateurs ne peuvent plus échapper à des choix éthiques complexes et délicats, comme ceux qui concernent l'euthanasie ou la PMA pour les couples du même sexe, cette étude est une occasion de réfléchir autour du thème de l'objection de conscience et de sa conciliation avec d'autres droits garantis par le législateur.

Abstract

Inapplicability of the rule of law may sometimes result from some kind of resistance to the rule by the people who are supposed to enforce it. This resistance can sometimes be based on a real right that the law recognizes, in the form of conscientious objection, namely by the possibility recognized to the individual who is supposed to apply the norm, to refuse to do so, if the content of this norm hurts his personal convictions, his conscience. The use of conscientious objection may, however, not remain an isolated phenomenon, but acquire a certain quantitative importance and it may happen that this situation leads to a real inapplicability of the rule of law.

¹ Professeur, Aix Marseille Univ, Université de Toulon, Univ Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, CDPC Jean-Claude Escarras, Toulon, France.

As part of this study, a case of serious non-application of the rule of law due to a massive use of the conscience clause by health personnel will be presented and analyzed, namely the inapplicability of the Italian law 194 of May 22, 1978 opening the access of women to abortion. By noting that Italy is not the only country experiencing such difficulties, especially at a time when lawmakers can no longer escape complex and delicate ethical choices, such as those concerning euthanasia or the assisted reproduction's same-sex couples, this study is an opportunity to reflect on the theme of conscientious objection and its conciliation with other rights guaranteed by the legislator.

L'inapplication de la règle de droit peut parfois résulter d'une sorte de résistance opposée à la règle par les personnes qui sont censées en assurer l'application. Cette résistance peut parfois se fonder sur un véritable droit que la loi reconnaît, sous la forme de l'objection de conscience (ou de la clause de conscience), à savoir par la possibilité reconnue à l'individu qui est censé appliquer la norme, de refuser de le faire, si le contenu de cette norme heurte ses convictions personnelles, sa conscience. Nous sommes en présence ici d'un droit qui peut bloquer l'exercice d'un autre droit ou d'un devoir, d'un véritable droit (individuel) de s'opposer à l'application de la règle (collective), si cette règle entre en conflit avec le système de valeurs de l'individu qui refuse ainsi d'appliquer la règle. Dans ces hypothèses, l'ordonnancement confère une importance *juridique* au conflit entre l'opinion de l'individu, considérée de manière isolée, et l'opinion de la collectivité, prise dans son ensemble, et, par la prévision de l'objection de conscience, il atténue volontairement le caractère impératif de la règle. La prévision de l'objection de conscience est ainsi une manière pour le système de prendre en considération le conflit axiologique existant entre les valeurs de l'individu (qui forment précisément sa « conscience ») et les valeurs protégées par les normes positives : en d'autres termes, l'on pourrait dire que l'objection ou clause de conscience représente en quelque sorte la manifestation la plus extrême du pluralisme, au sein d'une société démocratique².

De nos jours cependant, l'objection de conscience, qui, de manière classique, était limitée à des domaines très ciblés, tels que celui du service militaire, et qui représentait essentiellement un choix individuel et libertaire sans aucun réel impact sur la collectivité, a tendance à s'étendre du point de vue des domaines dans lesquels elle peut opérer et à changer également de sens, ce qui peut conduire, dans certains cas, à des conséquences importantes sur le système juridique et social dans lequel elle est amenée à opérer. En effet, du fait de l'évolution de nos sociétés, qui comprennent en leur sein, et de plus en plus, des cultures différentes, des religions différentes ou même des traditions différentes, l'objection de conscience s'élargit, s'étend, pour embrasser aujourd'hui de multiples cas de figure inimaginables auparavant, tel que celui de l'objection fiscale concernant les dépenses militaires

² Parmi les nombreuses références doctrinales sur les rapports entre l'objection de conscience et le système constitutionnel démocratique, v. notamment C. PUIGELIER, F. JOUEN, C. TIJUS (dir.), *Conscience et droit. Conscience du droit et droit de la conscience*, Paris, Mare et Martin, 2017, 237 p. ; G. PUPPINCK, *Conscientious Objection and Human Rights : A Systematic Analysis*, Leyde, Brill éd., 2017 ; A. SPERTI, « Obiezione di coscienza e timori di complicità », *Federalismi.it*, 25 octobre 2017, sur <http://www.federalismi.it> ; F. GRANDI, *Doveri costituzionali e obiezione di coscienza*, Naples, Editoriale Scientifica, 2014, 230 p. ; D. PARIS, *L'obiezione di coscienza. Studio sull'ammissibilità di un'eccezione dal servizio militare alla bioetica*, Florence, Passigli éd., 2012, 328 p. ; P. BONETTI, « L'obiezione di coscienza nel sistema costituzionale democratico », in *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milan, Giuffrè, 2011, XXXIX, p. 231 et s. ; A. PUGIOTTO, *voce Obiezione di coscienza nel diritto costituzionale, Digesto Discipline Pubblicistiche*, vol. X, Turin, 1995, p. 240 et s.

que souhaitent notamment certains mouvements aux États-Unis, au Canada ou en Belgique, ou de l'objection du médecin à pratiquer l'IVG, ou la PMA, ou l'euthanasie, ou encore le cas de l'objection du pharmacien à la vente de produits provoquant l'avortement ou la sédation terminale, proposée, par exemple, par plusieurs parlementaires en Italie³, ou encore l'objection du maire à marier des couples homosexuels ou du pâtissier à fabriquer et vendre un gâteau pour le mariage d'un couple du même sexe, que la Cour Suprême des États-Unis a dû juger récemment⁴...

Ce « big bang »⁵ des formes de l'objection de conscience a conduit à une transformation du sens même de cette notion juridique, qui est passée d'un choix individuel et isolé, s'opposant à un choix collectif, à une sorte « d'imposition de sa propre vision morale – proche presque de l'omission de service public – »⁶ comme cela est le cas actuellement des personnels de santé qui refusent de pratiquer l'interruption volontaire de grossesse en Italie.

Le recours à l'objection de conscience peut ainsi ne pas demeurer un phénomène isolé, mais acquérir une certaine importance quantitative (ce qui peut se produire surtout lorsque la possibilité d'invoquer l'objection de conscience a été mal délimitée par le législateur) et il peut arriver que cette situation aboutisse à une véritable inapplication de la règle de droit⁷.

Dans ces hypothèses, la résistance à l'application de la loi pourrait manifester un problème de fond, consistant dans la difficulté, pour certaines parties de la population, à accepter cette règle, pour des raisons tenant à des convictions religieuses, éthiques, culturelles ou encore, plus basement, pour des motifs d'opportunité (telles que les difficultés d'avancement de carrière pour un médecin qui pratique l'IVG). Plus généralement, la résistance massive à une loi ou à une règle de droit et son inapplication révèle l'existence d'un *hiatus* entre la prévision formelle de la règle et l'intégration, l'accueil concret de celle-ci au sein de l'ordonnement juridique, cette distance révélant à son tour que le système n'est peut-être pas prêt pour la pleine et complète application d'une norme, que cette norme n'a peut-être pas atteint un consensus suffisant et que par conséquent la conciliation avec d'autres exigences en présence n'a pas fonctionné correctement.

Dans le cadre de cette étude, qui s'inscrit au sein d'une réflexion générale sur l'inapplication de la règle de droit, sera présenté et analysé un cas d'inapplication grave de la règle de droit dû à un recours massif à la clause de conscience, à savoir l'inapplication de la loi italienne ouvrant l'accès des femmes à l'interruption volontaire de grossesse liée à l'objection de conscience des personnels de santé (I).

En constatant que l'Italie est loin d'avoir résolu ces graves difficultés, nous aurons l'occasion de réfléchir autour des solutions envisageables (II).

3 Voir, par exemple, proposition de loi n. 3805, Gigli, Sberna, déposée à la Chambre des députés le 4 mai 2016.

4 Cour Suprême des États-Unis d'Amérique, *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission* [584 U.S. _ 2018], 4 juin 2018.

5 R. NAVARRO VALLS – J. MARTINEZ TORRON, *Le obiezioni di coscienza. Profili di diritto comparato*, Turin, Giappichelli, 1995, p. 29, cité par P. B. HELZEL, « L'obiezione di coscienza incontro/scontro tra diritto naturale e diritto positivo : il caso dell'interruzione volontaria della gravidanza », *Federalismi.it*, 19 juillet 2017, p. 11, <http://www.federalismi.it/nv14/la-rivista.cfm>.

6 P. B. HELZEL, « L'obiezione di coscienza incontro/scontro tra diritto naturale e diritto positivo : il caso dell'interruzione volontaria della gravidanza », cit., p. 11.

7 M. AINIS, « Dall'obiezione di coscienza all'obiezione di massa », *Quaderni costituzionali*, 2009, n. 4, p. 903 et s.

I. Des graves difficultés à l'accès à l'IVG dues à un recours massif par les personnels de santé à l'objection de conscience

Quarante ans après son adoption, la loi n. 194 du 22 mai 1978, ouvrant, en Italie, la possibilité pour les femmes d'accéder à l'IVG, souffre d'innombrables difficultés d'application qui la rendent, sous de multiples aspects et pour de très nombreux territoires italiens, ineffective. Cette loi, adoptée trois années après la célèbre déclaration d'inconstitutionnalité de la disposition qui pénalisait l'avortement, prononcée par la Cour constitutionnelle italienne dans un arrêt n° 27 de 1975⁸ (et qui a par la suite été confirmée, à une très large majorité, par un referendum populaire en 1981⁹) est, depuis de nombreuses années¹⁰, très difficilement appliquée du fait du recours massif des médecins et du personnel de santé à la clause de conscience, prévue et reconnue par la loi elle-même, à l'article 9¹¹.

Cette disposition permet aux médecins gynécologues, mais aussi aux anesthésistes, infirmières, sages-femmes (la loi utilise l'expression « personnel de santé »), de ne pas participer aux procédures spécialement destinées à provoquer l'IVG, en invoquant une clause de conscience, et ce par le biais d'une simple déclaration formelle. La même disposition prévoit aussi que la clause de conscience ne peut être invoquée en cas de danger imminent pour la vie de la mère. En revanche, en vertu de la loi, la clause de conscience est révoquée de manière automatique, si le médecin a participé à des IVG en dehors des structures dans lesquelles il a invoqué la clause (c'est ce que l'on appelle la preuve de cohérence).

L'article 9 de la loi n. 194 de 1978 ne prévoit donc pas une obligation alternative à la charge des médecins et du personnel de santé qui se prévaudraient d'une clause de conscience (à l'instar de ce qui était prévu, en France tout comme en Italie, en matière d'objection de conscience concernant le service militaire¹²). Cette disposition ne prévoit pas non plus, comme cela est le cas en France en revanche, que le médecin soit tenu de communiquer immédiatement à la patiente le nom de praticiens susceptibles de réaliser cette intervention à sa place¹³.

8 Dans l'arrêt n° 27 du 18 février 1975, la Cour constitutionnelle déclare « l'inconstitutionnalité de l'art. 546 du code pénal, dans la partie où celui-ci ne prévoit pas que la grossesse puisse être interrompue lorsque la gestation ultérieure implique, pour la santé de la mère, un dommage ou un danger, grave, vérifié médicalement dans le sens rappelé dans la motivation [de la décision] et non susceptible d'être évité autrement ».

9 Le 17 mai 1981, le peuple italien a été appelé à se prononcer par référendum sur la demande d'abrogation de la réglementation, adoptée par la loi n. 194 du 22 mai 1978, qui autorise l'avortement volontaire dans les 90 premiers jours depuis la conception. Les « non » l'emportèrent sur les « oui », avec 88,4 % des voix, contre 11,6 %. Ainsi, les Italiens décidèrent de maintenir en vigueur la loi n. 194 de 1978 sur l'IVG.

10 Le phénomène de l'objection de conscience à l'égard de l'IVG, qui s'était déjà manifesté avec une certaine ampleur dès le début de l'application de la loi n. 194/78, n'a cessé de s'amplifier dans le temps. Comme le relève Giuditta Brunelli dans une étude réalisée sur ce sujet publiée en 2009 (G. BRUNELLI, « L'interruzione volontaria della gravidanza : come si ostacola l'applicazione di una legge (a contenuto costituzionalmente vincolato) », in *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, Naples, Jovene, 2009, Vol 3, p. 842), le rapport du Ministère de la Santé italien publié en 2008, concernant l'application de la loi sur l'IVG dans les années 2006-2007, présentait déjà des données alarmantes quant à l'augmentation du nombre d'objecteurs au niveau national, et ce pour toutes les professions de santé concernées (selon ce rapport (http://www.salute.gov.it/portale/documentazione/p6_2_2_1.jsp?lingua=italiano&id=804), les gynécologues objecteurs étaient passés, de 2006 à 2007, de 58,7 % à 69,2 % ; les médecins anesthésistes de 45,7 % à 50,4 % ; le reste du personnel de 38,6 % à 42,6 %).

11 Article 9, alinéa 1^{er}, de la loi n. 194 du 22 mai 1978.

12 En effet, tant dans la loi française (loi de 1963) que dans la loi italienne (loi du règne d'Italie de 1861) il était prévu que ceux qui refusaient d'accomplir le service national (obligatoire) puisqu'ils avaient déclaré leur opposition à l'usage personnel des armes, devaient accomplir, à la place, un service civil auprès d'une association (à l'intérieur du Pays ou à l'étranger) mais d'une durée deux fois plus longue que celle du service militaire. Le service militaire obligatoire a été supprimé, en France, à partir de 2001 et, en Italie, à partir de 2004.

13 L'article L. 2212-8 du code de la santé publique français dispose qu'« un médecin n'est jamais tenu de pratiquer une interruption volontaire de grossesse mais il doit informer, sans délai, l'intéressée de son refus et lui communiquer immédiatement le nom de praticiens susceptibles de réaliser cette intervention selon les modalités prévues à l'article L. 2212-2. Aucune sage-femme, aucun infirmier ou infirmière, aucun auxiliaire médical, quel qu'il soit, n'est tenu de concourir à une interruption de grossesse ».

Malheureusement, le nombre de praticiens décidant d'user de cette faculté ouverte par la loi n'a eu de cesse d'augmenter, pour atteindre, désormais, des pourcentages exceptionnellement élevés. En effet, selon le dernier Rapport du Ministère de la santé transmis au Parlement le 7 décembre 2016¹⁴, pour les années 2014-2015, la moyenne italienne de médecins gynécologues objecteurs est de 70,7 % (plus de 2 sur 3). Dans certaines régions italiennes, comme le Molise ou le Trentin Haut-Adige, les objecteurs atteignent plus de 90 % des médecins gynécologues¹⁵. Dans certaines villes du sud de l'Italie, comme Ascoli-Piceno ou Jesi (les deux se trouvent dans la région des Marques) les objecteurs atteignent le pourcentage de 100 %. Quant aux anesthésistes, ceux qui invoquent la clause de conscience atteignent, en Sicile, 79,2 % du total, en Calabre, 76,7 % et 71,6 dans le Latium. Par ailleurs, les données statistiques montrent qu'il existe une différence importante selon le territoire italien : le personnel de santé objecteur étant beaucoup plus nombreux dans les régions du Sud que dans celles du Nord, ce qui a pu faire dire à un auteur que « la conscience a donc sa propre géographie régionale »¹⁶.

De ce fait, de nombreuses structures hospitalières (40 % du total des services de gynécologie et/ou de chirurgie en Italie) ne pratiquent tout simplement pas l'IVG (c'est ce que l'on appelle l'objection de structure), alors que la loi n. 194/78, à l'article 9, al. 4, prévoit bel et bien l'obligation, pour les structures sanitaires autorisées, d'assurer dans tous les cas l'application des procédures d'IVG prévues par la loi elle-même, et dispose en même temps que les régions ont l'obligation de contrôler et garantir l'application de la loi, même par le biais de procédures de mobilité du personnel. Ces prévisions législatives, il est vrai très vagues et non assorties d'une quelconque sanction, sont, dans une grande majorité des cas, restées lettre morte¹⁷.

Cette situation contraint de nombreuses femmes à attendre des semaines pour se faire avorter, dépassant ainsi le délai de 90 jours prévu par la loi. Comme de nombreuses associations et de nombreux reportages dans les médias l'ont dénoncé, pour certains hôpitaux on assiste à des files d'attente de femmes qui commencent très tôt le matin, afin de se retrouver parmi les toutes premières à entrer dans la structure hospitalière et pouvoir accéder à l'IVG. De nombreuses associations dénoncent également l'augmentation importante des avortements clandestins (même s'il est difficile d'avoir des statistiques fiables) et dénoncent aussi les statistiques fournies par le Gouvernement italien, qui donneraient volontairement des chiffres au-dessous de la réalité. On dénonce aussi, données à l'appui, le fait que de nombreuses femmes sont obligées de se déplacer, même loin de chez elles, voire de s'expatrier, pour pouvoir accéder à l'IVG. Par ailleurs, cette situation joue également en

14 Le Rapport sur l'application de la loi n. 194/1978 (pour les années 2014-2015) a été transmis par le Gouvernement au Parlement italien le 7 décembre 2016 (http://www.salute.gov.it/portale/documentazione/p6_2_2_1.jsp).

15 Pour une synthèse des données statistiques du Rapport de 2016 concernant les objecteurs à l'IVG, voir « Aborto, legge 194 e medici obiettori : ecco i dati regione per regione », sur le site on-line de *La Repubblica* (http://www.repubblica.it/cronaca/2016/10/20/news/medici_obiettori_ecco_i_dati_regione_per_regione-150182589).

16 A. SOFRI, *Contro Giuliano. Noi uomini, le donne e l'aborto*, Palerme, Sellerio editore, 2008, p. 75.

17 L'article 9, al. 4, prévoit l'obligation, pour les structures sanitaires autorisées, d'assurer dans tous les cas l'application des procédures d'IVG prévues par la loi elle-même, et dispose en même temps que les régions ont l'obligation de contrôler et garantir l'application de la loi, même par le biais de procédures de mobilité du personnel (« *Gli enti ospedalieri e le case di cura autorizzate sono tenuti in ogni caso ad assicurare l'espletamento delle procedure previste dall'articolo 7 e l'effettuazione degli interventi di interruzione della gravidanza richiesti secondo le modalità previste dagli articoli 5, 7 e 8. La regione ne controlla e garantisce l'attuazione anche attraverso la mobilità del personale* »). Mais la loi ne prévoit aucune procédure d'évaluation du respect de ces obligations de la part des structures sanitaires ou des régions. Elle ne prévoit pas non plus de sanctions éventuelles, alors que ce genre de prévisions s'avère indispensable pour garantir l'application de la loi. C'est pour cette raison, par exemple, que la proposition de loi n. 4334, Ricciati *et alii*, déposée à la Chambre des députés le 22 février 2017, afin de rendre effective la loi 194 de 1978, prévoit, entre autres, une procédure d'évaluation et de sanction à l'encontre des directeurs des structures sanitaires publiques (et de non renouvellement de l'autorisation à procéder aux IVG à l'égard des structures privées autorisées).

défaveur des médecins non objecteurs, qui acceptent de réaliser des IVG (une petite minorité donc), et ce tant du point de vue de la pratique de leur métier au quotidien que de celui de l'avancement de leur carrière. En effet, étant donné qu'il n'existe aucune obligation alternative à la charge des médecins objecteurs, ceux-ci ne sont pas tenus de compenser le travail fourni par les médecins non objecteurs, lesquels se voient contraints à pratiquer des IVG dans la grande partie de leur temps professionnel, avec une charge de travail excessive et des perspectives limitées de développement de leurs compétences professionnelles. Sans compter l'impact émotionnel sur ces médecins, car ce n'est pas forcément gratifiant, pour un médecin gynécologue, de pratiquer des IVG à longueur de journée...

II. Vers une solution juridique ou une amplification des difficultés ?

Ces difficultés, qui concernent la pratique de la profession des médecins non objecteurs, et, surtout, celles concernant la protection de la santé de la mère et l'égalité entre les femmes dans l'accès à l'IVG, ont été portées devant le Comité européen des droits sociaux (CEDS) par deux réclamations collectives, en 2012¹⁸ et en 2013¹⁹.

L'Italie a ainsi fait l'objet de deux décisions du CEDS constatant des violations de la Charte européenne des droits sociaux, l'une en septembre 2013²⁰, l'autre en avril 2016²¹. Ont notamment été constatées les violations, par l'État italien, du droit à la santé des femmes (article 11 § 1 de la Charte) ainsi que du principe d'égalité (article E de la Charte).

Dans les deux décisions, et malgré les arguments contraires portés par le Gouvernement italien, le Comité a remarqué que la mauvaise gestion par l'administration italienne du droit individuel à l'objection de conscience et le nombre élevé d'objecteurs conduisent à violer le droit à la santé des femmes, lesquelles – dit le Comité – « continuent à rencontrer, dans la pratique, de réelles difficultés pour ce qui est de l'accès à de tels services, et ce, malgré les dispositions de la législation applicable »²².

Le Comité a également constaté la violation du principe d'égalité, due au fait que les femmes sont obligées de se déplacer d'une structure à l'autre, avec une perte de temps considérable, alors que le facteur temporel est crucial dans ce domaine, souligne le Comité, et violation due aussi au fait qu'elles n'ont pas toutes accès à l'IVG. Dans la décision de 2013 (qui est reprise essentiellement, hélas, par celle de 2016) le Comité incite l'État italien à modifier la gestion des services chargés de l'IVG : il remarque en particulier que « [L]es services chargés d'interruption de grossesse doivent être organisés de manière à répondre aux besoins des patients souhaitant avoir accès à de tels services. Cela signifie que, dans la mesure où le nombre et le moment des demandes d'interruption de grossesse

18 Réclamation n. 87/2012 (IPPF EN c. Italie).

19 Réclamation n. 91/2013 (CGIL c. Italie).

20 Réclamation n. 87/2012 (IPPF EN c. Italie), CEDS, décision sur le bien-fondé du 10 septembre 2013. V. J.-M. LARRALDE, « Le Comité européen des droits sociaux face aux dysfonctionnements des interruptions de grossesse », *RTDH*, 2015, n. 102, p. 403 et s.

21 Réclamation n. 91/2013 (CGIL c. Italie), CEDS, décision sur la recevabilité et le bien-fondé du 11 avril 2016. V. M. BRILLAT, « Ombre et lumière du Comité européen des droits sociaux », *RTDH*, 2016, n. 108, p. 1007 et s.

22 CEDS, décision sur la recevabilité et le bien-fondé du 11 avril 2016, cit., § 190 a).

ne peuvent être prévus à l'avance, des mesures doivent être prises afin d'assurer la présence de praticiens hospitaliers et autres personnels de santé non objecteurs de conscience chaque fois que leur intervention est requise »²³.

Et justement, pour faire face à cette situation d'inapplication croissante de la loi sur l'IVG, plusieurs initiatives ont vu le jour, opérant sur des plans différents. Ainsi, non seulement plusieurs propositions de loi ont été déposées auprès du Parlement italien, visant en particulier à modifier le droit à l'objection de conscience en le délimitant davantage²⁴, mais également et surtout certaines régions, en accord avec des structures hospitalières publiques²⁵, ont mis au concours des places de médecins gynécologues ou de personnel de santé, mais en réservant ces places aux personnes qui s'engagent à ne pas faire jouer la clause de conscience. Ces concours ont soulevé beaucoup de polémiques (avec une intervention forte du Vatican), suscité un vif débat, même dans la doctrine, et provoqué un contentieux devant les juges administratifs italiens. Pour l'heure, les tribunaux ne se sont pas encore prononcés, mais il est probable que les jugements rendus tiendront compte des difficultés d'application de la loi n. 194/1978 ainsi que des deux décisions du CEDS²⁶, sachant que la loi sur l'IVG a été définie par la Cour constitutionnelle italienne, pour certaines de ses parties, comme une « loi ayant un contenu exigé par la Constitution » (*legge a contenuto costituzionalmente vincolato*), c'est-à-dire une loi nécessaire à l'application de certains droits garantis par la Constitution, comme le droit à la vie et à la santé de la mère²⁷.

Il est également intéressant de relever qu'au sein du débat qui s'est développé autour de l'inapplication de la loi sur l'IVG en Italie on a souvent fait référence au débat qui s'est déroulé en France, surtout dans les années 2012-2013, à propos de l'objection de conscience des maires pour les mariages des personnes du même sexe. Par ailleurs, lorsque le législateur italien, en mai 2016²⁸, a introduit la possibilité de célébrer des unions civiles entre des personnes du même sexe (une sorte de PACS mais qui est célébré devant les officiers de l'état civil), des difficultés d'application semblables à celles que l'on avait constatées en France se sont produites dans ce pays, certains maires ayant refusé de célébrer l'union civile au nom d'une prétendue objection de conscience (qui, de fait, n'existe pas dans la loi, ni dans la loi italienne, ni dans la loi française).

23 CEDS, décision sur le bien-fondé du 10 septembre 2013, IPPF EN c. Italie, cit., § 163.

24 Parmi les nombreuses propositions de loi, voir, par exemple, proposition de loi n. 4583, GIORDANO *et alii*, déposée à la Chambre des députés le 12 juillet 2017 ; proposition de loi n. 4334, RICCIATI *et alii*, déposée à la Chambre des députés le 22 février 2017 ; proposition de loi n. 3968, AGOSTINI *et alii*, déposée à la Chambre des députés le 7 juillet 2016 ; proposition de loi n. 2553, NICCHI *et alii*, déposée à la Chambre des députés le 18 juillet 2014.

25 Il s'agit de trois structures hospitalières : le S. Camillo Forlanini et le Policlinico Umberto I de Rome et le Pugliese Ciaccio à Catanzaro (Calabre). Sur les raisons et les difficultés ayant conduit à l'ouverture des concours réservés au personnel de santé non-objecteur v. B. LIBERALI, « "Per l'applicazione esclusiva della legge n. 194" : una clausola che viola il diritto di obiezione di coscienza o che attua gli obblighi organizzativi di ospedali e Regioni ? », Osservatorio Costituzionale AIC, 1/2017, sur <http://www.osservatorioaic.it>

26 En ce sens, S. TALINI, « Interruzione volontaria di gravidanza, obiezione di coscienza e diritto di accesso alle prestazioni sanitarie nella complessa architettura costituzionale. Profili critici e ipotesi di superamento », Rivista AIC, 2/2017, sur www.rivistaaic.it

27 La Cour constitutionnelle italienne s'est prononcée dans ce sens lors de la déclaration d'admissibilité du referendum relatif à la loi n. 194/1978 (arrêt n. 35/1997). Dans cette décision, elle a en effet déclaré l'inadmissibilité partielle du referendum, en ce qui concernait précisément certaines parties de la loi qui appliquent concrètement les droits énoncés et rappelés dans la décision de la Cour n. 27/1975. Sur ce point, voir notamment G. BRUNELLI, « L'interruzione volontaria della gravidanza : come si ostacola l'applicazione di una legge (a contenuto costituzionalmente vincolato) », cit. p. 815 et s.

28 Par la loi n. 76 du 20 mai 2016, *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*, *Gazzetta Ufficiale*, série générale n. 118, 21-05-2015.

En France, cette question sur l'objection de conscience des maires (et adjoints) a notamment conduit à une décision QPC du Conseil constitutionnel, la décision n° 2013-353 QPC du 18 octobre 2013²⁹. Les maires qui avaient soulevé la QPC demandaient au Conseil constitutionnel de déclarer l'inconstitutionnalité de certaines dispositions du Code civil³⁰ et du Code général des collectivités territoriales³¹ dans la mesure où elles ne prévoyaient pas la possibilité pour les officiers de l'état civil de soulever une clause de conscience. En faisant un parallèle avec la clause de conscience prévue notamment en matière d'IVG, ils dénonçaient une omission du législateur et la violation de leur liberté de conscience, liberté constitutionnellement garantie depuis la décision du Conseil constitutionnel n° 77-87 DC concernant la loi relative à la liberté d'enseignement³².

Par la décision du 18 octobre 2013 relative à la clause de conscience des maires³³, le juge constitutionnel a rejeté les arguments des requérants et déclaré la loi conforme à la Constitution. Or, un point paraît particulièrement intéressant dans cette décision pour la réflexion qui nous occupe, à savoir le petit bout de phrase, prononcé par le Conseil constitutionnel, lorsqu'il considère « qu'en ne permettant pas aux officiers de l'état civil de se prévaloir de leur désaccord avec les dispositions de la loi du 17 mai 2013 pour se soustraire à l'accomplissement des attributions qui leur sont confiées par la loi pour la célébration du mariage, le législateur a entendu assurer l'application de la loi relative au mariage et garantir ainsi le bon fonctionnement et la neutralité du service public de l'état civil »³⁴. « Assurer l'application de la loi et garantir le bon fonctionnement du service public » sont donc des éléments qui entrent en ligne de compte dans l'appréciation du législateur et du juge constitutionnel quant à la nécessité et à la possibilité de prévoir une objection de conscience dans ce domaine. Certes, ce ne sont pas les seuls éléments, car joue aussi la nature de l'acte mis en place par l'officier de l'état civil (qui diffère énormément, dans son intensité et dans la nature du choix opéré, par rapport à une procédure d'interruption de grossesse) tout comme jouent les fonctions que l'officier recouvre (il représente l'État et il est censé faire appliquer la loi à laquelle il voudrait se soustraire).

Toutefois, au-delà de ces aspects, et malgré les différences sur le plan éthique qui existent entre les deux hypothèses, dans ce domaine le choix du législateur semble être beaucoup plus clair que celui qu'a fait le législateur italien lors de l'adoption de la loi sur l'IVG : c'est de permettre les mariages entre les personnes du même sexe et de ne pas risquer d'entraver l'application de cette loi par la prévision d'une clause de conscience (il est d'ailleurs opportun de rappeler qu'au cours de l'examen de la loi sur le mariage pour tous, des nombreux amendements avaient été déposés visant à autoriser les maires à faire jouer une clause de conscience et que ces amendements avaient été tous rejetés).

29 Conseil constitutionnel, décision n° 2013-353 QPC du 18 octobre 2013, *M. Franck M. et autres*.

30 Articles 34-1, 74 et 165 du code civil.

31 Article L. 2122-18 du code général des collectivités territoriales.

32 Conseil constitutionnel, décision n° 77-87 DC du 23 novembre 1987, *Loi complémentaire à la loi n° 59-1557 du 31 décembre 1959 modifiée par la loi n° 71-400 du 1er juin 1971 et relative à la liberté de l'enseignement*.

33 Conseil constitutionnel, décision n° 2013-353 QPC du 18 octobre 2013, cit. Sur cette décision, voir notamment F. DIEU, « Opposition des officiers d'état civil au mariage entre personnes de même sexe : vers la reconnaissance de l'objection de conscience ? », *D.*, 2013, p. 1643 ; P. LUTTON, « Liberté de conscience des élus locaux : Jurisprudence constitutionnelle c/ jurisprudence européenne ? », *Constitutions*, 2013, p. 564.

34 Conseil constitutionnel, décision n° 2013-353 QPC du 18 octobre 2013, cit., § 10, souligné par nous.

Nous en venons ainsi à quelques remarques conclusives, d'ordre général, que peuvent inspirer les cas concrets ici évoqués.

Si l'on regarde les termes de la loi italienne sur l'IVG, et donc la rédaction même du texte, on s'aperçoit que dans cette loi l'objection de conscience n'est pas encadrée et qu'une très large imprécision domine en la matière : la loi se limite à affirmer que tous les services autorisés doivent assurer l'IVG et que les régions doivent veiller à cela, mais rien d'autre n'est prévu : ni procédure concrète d'évaluation, ni contrôle, ni sanction. La rédaction de la loi est donc fondamentale en vue de son application. Ici, plus que de se préoccuper d'une éventuelle inapplication des IVG, le législateur – nous sommes, on le rappelle, en 1978 – semblait soucieux de garantir la vie de l'enfant à naître et notamment il se préoccupait de la prévention des IVG, en mettant beaucoup l'accent sur le rôle des plannings familiaux.

Ainsi, si l'objection de conscience du médecin est indéniablement un droit qui mérite d'être garanti dans une société pluraliste et démocratique (et d'ailleurs dans la décision dite *IVG II* du 27 juin 2001, le Conseil constitutionnel a affirmé que cette clause constitue la garantie de la liberté de conscience, en conférant donc à la clause de conscience en matière d'IVG un rang constitutionnel³⁵), cela n'empêche pas toutefois que la portée de cette objection soit circonscrite, qu'elle soit bien délimitée par le législateur, afin d'éviter des dérives comme celles évoquées pour le cas italien, dans lequel *in fine* l'exception devient la règle et la règle devient l'exception.

À une époque où le législateur ne peut plus échapper à des choix éthiques complexes et délicats, relatifs à la sphère intime de l'individu, comme celui qui concerne l'euthanasie ou la PMA pour les couples du même sexe, le thème de l'objection de conscience et de sa conciliation avec d'autres droits garantis par le législateur prend toute son ampleur. S'agissant de choix résultant de compromis, parfois difficiles, il faudra rester attentifs et se poser toujours la question des limites de part et d'autre : jusqu'où veut-on aller et jusqu'où peut-on aller ? Il faut avant tout que le législateur soit clair avec lui-même, qu'il n'y ait pas de confusions dans ses choix, pour que la loi soit, au bout du compte, réellement appliquée.

35 Conseil constitutionnel, décision n° 2001-446 DC du 27 juin 2001, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception*, cons. 11 et s.

**L'INAPPLICATION DU DROIT À L'ACCESSIBILITÉ
POUR LES PERSONNES EN SITUATION DE HANDICAP :
LA MISE EN CAUSE DES ÉVALUATIONS *EX ANTE***

Mathias NUNES¹

Résumé

Le droit à l'accessibilité pour les personnes en situation de handicap ne bénéficie pas d'une efficacité totale. La mise en cause des évaluations *ex ante* participe à l'appréhension de la difficile mise en œuvre de ce droit et à mesurer l'impact que peut avoir l'élaboration de ces documents préparatoires sur l'application des normes et la garantie des droits.

Abstract

The right to accessibility for disabled people does not have an effective application. The apprehension of ex-ante evaluations can help to explain the consequences that the making of these preparatory documents may have on the application of norms and the guarantee of rights.

« Nos sociétés sont devenues trop complexes et trop rapides pour qu'un texte de loi produise ses pleins effets sans se heurter lui-même au principe de réalité. [...] C'est pourquoi bien suivre l'application d'une loi, s'assurer de sa pertinence dans la durée, de ses effets dans le temps pour la corriger ou y revenir est aujourd'hui devenu une ardente obligation². »

« L'inclusion des personnes en situation de handicap constituera une des priorités du quinquennat. [...] Un enfant handicapé scolarisé, ce n'est pas seulement une histoire d'argent, ni même de justice : c'est une chance pour l'ensemble de ses camarades. [...] Une entreprise ou une collectivité territoriale qui embauchent plutôt que de payer une taxe, c'est une communauté de travail plus forte et plus motivée [...]»³ »

¹ Doctorant, Aix-Marseille Université, Université de Toulon, Université de Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, ILF-GERJC, Aix-en-Provence, France.

² Déclaration du président de la République E. MACRON devant le Congrès du Parlement, XV^e législature, séance du lundi 3 juillet 2017.

³ Déclaration de politique générale du Premier ministre É. PHILIPPE devant l'Assemblée nationale, XV^e législature, session extraordinaire de 2016-2017, séance du mardi 4 juillet 2017.

Les lois relatives au handicap et plus particulièrement celles concernant l'accessibilité aux établissements recevant du public (ci-après ERP), aux transports, à la voirie ou au logement ont un point commun : elles révèlent des insuffisances dans le processus d'élaboration et de mise en œuvre de la loi. Ces lacunes se retrouvent notamment au stade de l'évaluation préalable de la loi et dans la concrétisation de ces mesures d'application.

Le législateur s'est saisi à plusieurs reprises de la question du droit à l'accessibilité⁴. Pour la première fois, avec la *loi n° 75-534 du 30 juin 1975 d'orientation en faveur des personnes handicapées*, les pouvoirs publics ont pris la mesure de cette cause et ont souhaité « assurer aux personnes handicapées toute l'autonomie dont elles sont capables » en permettant que « les dispositions architecturales et aménagements des locaux d'habitation et des installations ouvertes au public [...] soient accessibles aux personnes handicapées »⁵. À la suite de l'inapplication constatée de cette loi-cadre, le législateur est intervenu avec la *loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées*, dite loi-handicap, afin de refondre le régime de l'accessibilité. Cette réforme demeurait une nécessité pour clarifier le handicap en lui donnant, d'une part, une définition délimitant son champ d'application et en précisant, d'autre part, son régime afin de permettre l'exercice des droits par l'accessibilité⁶. Derrière la notion d'accessibilité repose désormais l'idée selon laquelle « les établissements recevant du public situés dans un cadre bâti existant doivent être tels que toute personne handicapée puisse y accéder, y circuler et y recevoir les informations qui y sont diffusées, dans les parties ouvertes au public »⁷. L'objectif de la loi de 2005 ne souffrait d'aucune ambiguïté : à compter du 1^{er} janvier 2015, et donc dans un délai de dix ans, tous les ERP devaient être accessibles aux personnes en situation de handicap, ou à défaut permettre une qualité d'usage équivalente. À l'heure du bilan, l'obligation de mise aux normes d'accessibilité n'a pas été atteinte. Pour des raisons financières ou matérielles, le délai n'a pas été respecté et, une nouvelle fois, la mise en œuvre de ce droit n'est pas assurée. Dans ce contexte, le législateur a souhaité reporter, en application de l'ordonnance du 29 septembre 2014⁸, la concrétisation de ce droit pour certains cas à 2024, soit près de cinquante ans après la première loi-cadre.

4 Exemple de lois relatives au handicap touchant directement ou indirectement l'accessibilité : Loi n° 57-1223 du 23 novembre 1957 *sur le reclassement professionnel des travailleurs handicapés*; Loi n° 96-1076 du 11 décembre 1996 modifiant la loi n° 75-535 du 30 juin 1975 *relative aux institutions sociales et médico-sociales et tendant à assurer une prise en charge adaptée de l'autisme*; Loi n° 87-517 du 10 juillet 1987 *en faveur de l'emploi des travailleurs handicapés*; Loi n° 90-602 du 12 juillet 1990 *relative à la protection des personnes contre les discriminations en raison de leur état de santé ou de leur handicap*; Loi n° 91-663 du 13 juillet 1991 *portant diverses mesures destinées à favoriser l'accessibilité aux personnes handicapées des locaux d'habitation, des lieux de travail et des installations recevant du public*.

5 Articles 1^{er} et 49 de la loi susmentionnée.

6 Limiter le droit à l'accessibilité revient à méconnaître l'exercice d'autres droits constitutionnellement et conventionnellement garantis comme l'égalité, la liberté d'aller et venir ainsi que l'exercice des droits civils et politiques ; Article 5 CIDPH. Par ailleurs, les articles 2, 3, 9 et 21 CIPDH prévoient expressément un droit à l'accessibilité ; J. COLONNA, G. NICOLAS (dir.), *L'intégration des personnes handicapées*, n° 8, Les études hospitalières, CDSA, 2008, 190 p ; F. CAFARELLI, « L'accessibilité des bâtiments aux personnes handicapées : vers une mutation du principe d'égalité ? », *RDLF* 2011, chron. n° 10 (www.revuedlf.com) ; D. ROMAN, « Reconnaissance du handicap et effectivité des droits, dix ans d'application de la loi handicap », *RDLF*, 2016, Chron. n° 19 (www.revuedlf.com) ; C. ROGER-LACAN, « Nouvelle reconnaissance de la responsabilité pour rupture de l'égalité devant les charges publiques : les difficultés d'accès des handicapés aux bâtiments publics », Conclusions sur CE, Ass., 22 octobre 2010, *Mme B.*, n° 301572, Lebon, *AJDA*, 2010, p. 2020.

7 Article L.111-7-3 CCH.

8 Article 3 de l'ordonnance du 29 septembre 2014 *relative à la mise en accessibilité des établissements recevant du public, des transports publics, des bâtiments d'habitation et de la voirie pour les personnes handicapées*.

Les causes légistiques doivent être prises en compte pour appréhender l'inapplication du droit à l'accessibilité puisqu'elles contribuent à expliquer l'effectivité des normes, de leurs élaborations et leurs mises en œuvre⁹. Le but de la légistique, cet « art de faire la loi »¹⁰, est d'analyser l'ensemble des « techniques de conception et de rédaction » permettant de ne faire « que des textes nécessaires, bien conçus, clairement écrits et juridiquement solides » afin d'aboutir à une « amélioration de l'efficacité, de la sécurité et de l'intelligibilité de la règle de droit »¹¹. Le stade de l'évaluation *ex ante*, en particulier, est significatif pour analyser les objectifs souhaités par le législateur et les moyens mis en œuvre en vue de permettre l'application du droit. Il faut entendre par évaluation *ex ante*, l'ensemble des documents et études réalisés sur demande ou à la propre initiative d'acteurs parlementaires et/ou extraparlimentaires (autorités administratives indépendantes, associations d'aide au handicap ou de juridictions à titre consultatif), en amont de toute solution normative. Son intérêt est d'optimiser la norme à venir tant au regard des faits que du droit. Il s'agit surtout de rassembler les éléments objectifs démontrant une connaissance de l'objet sur lequel on s'apprête à légiférer. L'usage des évaluations est de bon aloi puisqu'il indique au législateur les lacunes normatives à combler pour garantir la mise en œuvre du droit. C'est de cette manière, par exemple, que le Conseil d'État, à propos du projet de loi ÉLAN de 2018 et en sa qualité de conseiller du gouvernement, a « [attiré] [...], l'attention [...] sur la nécessité d'une clarification des dispositions [...] relatives aux personnes handicapées ou à mobilité réduite, dont la rédaction actuelle ne s'avère pas, au regard de l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi, satisfaisante »¹².

Le droit à l'accessibilité demeure très largement inapplicable car les lois sont partiellement appliquées. Certaines causes de l'inapplication tiennent en l'absence de « portage politique »¹³ après promulgation, sans lien avec l'évaluation, comme la mise en œuvre tardive de décrets d'application des lois. Dès la première année d'application de la loi-handicap, en 2006, puis annuellement, le constat de l'échec se fait ressentir au travers de rapports d'évaluation peu favorables quant au bilan de la mise en œuvre du droit à l'accessibilité¹⁴. Selon le rapport des commissions sur l'application des lois en 2004-2005 pour l'année 2005, la loi-handicap présente un taux d'application de seulement 8 %. Cette situation est d'autant plus compromettante pour les pouvoirs publics que cette loi fixait, à compter de sa publication, un délai de six mois pour mettre en œuvre les textes d'application. D'autres causes de cette inapplication s'expliquent par l'insuffisance de l'évaluation *ex ante*

9 Voir V. CHAMPEIL-DESPLAT, « Effectivité et droit de l'homme : approche théorique », in D. LOCHAK (dir.), *À la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, 2008, Presses universitaires Paris 10, p. 11-26 ; Y. LEROY, « La notion d'effectivité du droit », *Droit et Société*, n° 79, 2011, p. 722.

10 D. REMY, *Légistique. L'art de faire les lois*, Romillat, 1994, 350 p.

11 J.-M. SAUVE, M. GUILLAUME, *Guide de la légistique*, 3^e éd., 2017, 721 p., spéc. p. 3-4 ; Pour une étude de la légistique : Ch.-A. MORAND (dir.), *Légistique formelle et matérielle*, PUAM, 1999, 344 p. ; R. DRAGO, P. DE MONTALIVET (dir.), *La confection de la loi*, PUF, 2005, p. 99-136 ; J.-L. BERGEL, « Esquisse de méthodologie législative comparée » in M. FATIN-ROUGE STEFANINI et alii. (dir.), *Autour de la qualité des normes*, À la croisée des droits, Bruylant, 2010, *op. cit.*, p. 145-161 ; B. BARRAUD, « La légistique », in *La recherche juridique (les branches de la recherche juridique)*, L'Harmattan, 2016, p. 213 et s.

12 CE, Avis consultatif, *Projet de loi portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique*, 29 mars 2018, n° 394435, § 34.

13 Cl.-L. CAMPION, *Réussir 2015 : accessibilité des personnes handicapées au logement, aux établissements recevant du public, aux transports, à la voirie et aux espaces publics*, 2013, 121 p., spéc. p. 28.

14 P. BLANC, *Rapport d'information sur l'application de la loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées*, n° 359, Sénat, 2007, p. 79-83 ; M. BUSNEL, *L'emploi : un droit à faire vivre pour tous : évaluer la situation des personnes handicapées au regard de l'emploi, prévenir la désinsertion socioprofessionnelle*, 2009, 71 p. ; OBIAÇU, *Rapport de l'observatoire interministériel de l'accessibilité et de la conception universelle*, La documentation française, 2011, p. 23 et s.

comme le révèlent les rapports *ex post*. Ces études préalables influencent la mise en œuvre du droit et démontrent les difficultés que rencontre le législateur dans l'identification des besoins. L'étude, en particulier, du droit à l'accessibilité met en avant des limites formelles et matérielles des évaluations *ex ante* (I) ; ces lacunes emportent des effets sur les législations subséquentes à l'évaluation et conditionnent l'intervention du législateur, contraint à rectifier ces erreurs d'appréhension initiale (II).

I. Les insuffisances formelles et matérielles des évaluations *ex ante*

La mise en cause des évaluations *ex ante* s'explique par certaines insuffisances intrinsèques à cet instrument. L'usage limité qu'en fait le législateur ne favorise pas une appréhension claire du droit à l'accessibilité (A). Ce sentiment est renforcé par leurs contenus qui révèlent certaines lacunes (B).

A. L'usage limité des évaluations *ex ante*

L'organisation d'une analyse préalable à l'élaboration de la loi permet de garantir la mise en œuvre des dispositions. Elle permet également d'envisager les effets de la norme à venir afin d'éviter de revenir sur la législation pour des raisons essentiellement d'origine matérielle.

En dépit de l'intérêt porté aux évaluations préalables, ces lacunes résultent en partie de l'usage qui en est fait et notamment de la décision de recourir ou non à une évaluation. On peut, dès lors, opposer aux évaluations *ex ante* quelques insuffisances parmi lesquelles figure le caractère systématique de leurs usages. Ni en 1975, ni en 2005, le législateur n'avait les instruments adéquats et contraignants pour permettre une telle évaluation en dehors de quelques circulaires rendant possibles – et facultatives – les études d'impact¹⁵. À la lecture du dossier législatif de la loi de 2005 sur le site de l'Assemblée nationale, on constate que la loi-handicap, en dehors du rapport d'information *Blanc* de février 2004¹⁶, n'a pas fait l'objet d'une telle évaluation. Pour autant, au détour de l'étude d'impact de la loi habilitant le gouvernement à agir par ordonnance de 2014 relative à la mise en accessibilité, rendue obligatoire avec la loi organique du 15 avril 2009, on peut lire que la loi de 2005 a bien fait l'objet de ce type d'évaluation, sans que l'on puisse, en l'état, y avoir accès¹⁷. Le caractère obligatoire de ces études est essentiel puisqu'il permet une « évaluation des conséquences économiques, financières, sociales et environnementales », « [des] modalités d'application dans le temps des dispositions envisagées », ainsi que les « coûts et bénéfices financiers attendus »¹⁸ de l'ensemble des projets de loi. Il permet ainsi d'appréhender l'évaluation non seulement au prisme de la loi promulguée mais également à l'usage des rapports ultérieurs portant sur la même question.

15 Circulaires du 21 novembre 1995 relatives à l'expérimentation d'une étude d'impact accompagnant les projets de loi et de décret en Conseil d'État, *JORF* n° 279, 1^{er} décembre 1995, p. 17 566, circulaires du 26 janvier 1998 relatives à l'étude d'impact des projets de loi et de décret en Conseil d'État, du 26 août 2003 relative à la maîtrise de l'inflation normative et à l'amélioration de la qualité de la réglementation et du 30 septembre 2003 relative à la qualité de la réglementation.

16 P. BLANC, *Rapport au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées*, n° 210, 2003-2004, déposé le mercredi 11 février 2004.

17 Étude d'impact annexée au projet de loi habilitant le Gouvernement à adopter des mesures législatives pour la mise en accessibilité des établissements recevant du public, des transports publics, des bâtiments d'habitation et de la voirie pour les personnes handicapées, 3 avril 2014, p. 17.

18 Loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 C°, article 8, *JORF* n° 0089 du 16 avril 2009, p. 6528 et s.

Lorsqu'elles ont lieu et sont transparentes, les évaluations *ex ante* qui concernent directement la thématique de l'accessibilité ne sont souvent que secondaires à travers des rapports qui ne font qu'un bref constat de la question. Les préoccupations étaient davantage tournées vers la prise en charge du handicap au travail ou encore le droit à compensation. La question de l'accessibilité apparaissait dans les rapports de façon incidente, comme n'étant qu'un moyen parmi tant d'autres pour parvenir à un résultat. Pour s'en convaincre, il suffit d'inventorier le nombre de mots, phrases, paragraphes et pages consacré à l'accessibilité et aux notions dérivées dans ces rapports¹⁹. Par exemple, dans le rapport *Dynamiser l'emploi des personnes handicapées en milieu ordinaire : aménager les postes et accompagner les personnes* de 2014, la notion d'accessibilité est présente, mais uniquement de façon annexe alors que l'accessibilité est une condition de l'accès à l'emploi et est l'assurance de l'application du principe d'égalité. S'il existe des études spécifiques et complètes sur l'accessibilité, comme le souligne le rapport *Accessibilité des transports et de la ville aux personnes handicapées* de 1982²⁰, elles relèvent d'une préoccupation dans un premier temps assez rare, avec des données désormais désuètes et peu réutilisables ou alors, avec une visée généraliste. Le dernier rapport relatif au handicap intitulé « Plus simple la vie » pour améliorer le quotidien des personnes en situation de handicap en date du 28 mai 2018 s'inscrit dans la même lignée. Certes, si dans cette évaluation, la question de l'accessibilité occupe désormais plusieurs pages, elle reste en marge de l'analyse, positionnée en toute fin de rapport, derrière d'autres préoccupations comme les systèmes de prestation, d'accompagnement, l'égalité ou l'organisation des structures administratives²¹. Cette mise à l'écart du droit à l'accessibilité, que ce soit dans des rapports spécialisés ou dans des rapports plus transversaux, révèle une insuffisance d'impulsion et de soutien de la part des pouvoirs publics. Pourtant, sans de telles évaluations, il est malaisé d'identifier l'intérêt accordé à l'accessibilité, ainsi que l'intégrité de leurs contenus autrement qu'après diffusion des rapports de suivi et d'application de la loi à la suite de la promulgation.

B. L'absence de données objectives des évaluations *ex ante*

L'évaluation, grâce à des indicateurs économiques et sociaux, permet de vérifier que certains droits fondamentaux ne font pas l'objet de violations, même de faibles importances, et/ou que celles-ci ne réapparaissent plus²². En matière de handicap, le nombre d'hôpitaux, de rampe d'accessibilité, le prix des traitements médicaux ou encore le pourcentage d'élèves en situation de handicap à l'école sont autant d'exemples pertinents. La nécessité d'une étude *ex ante* doit permettre d'exposer avec clarté la réalité factuelle heurtée par deux enjeux parfois antagonistes : d'une part, celui pour l'État

19 Par exemple le rapport au Premier ministre d'A. LE HOUEROU, *Dynamiser l'emploi des personnes handicapées en milieu ordinaire : aménager les postes et accompagner les personnes*, 2014, 89 p., ne renvoie à l'accessibilité qu'aux pages 41 à 46, or celle-ci est une condition de l'accès à l'emploi. Autre exemple : dans le rapport remis au Premier ministre de J.-F. CHOSSY, *La situation des personnes autistes en France, besoins et perspectives*, 2003, 75 p, seuls trois renvois à l'accessibilité sont à souligner et en des termes plutôt expéditifs. Spéc. p. 38, 42 et 68.

20 Par exemple, G. LEVY, *L'accessibilité des transports aux personnes handicapées et à mobilité réduite*, Rapport au Premier ministre, 2003, 132 p. ; D. GILLOT, *Le droit des sourds : 115 propositions*, 1998, 133 p. ; H. DEFOUG, J.-C. DE VICENTI, *rapport d'audit sur la disponibilité effective des équipements réalisés pour assurer l'accessibilité des personnes handicapées aux transports publics*, 2000, 314 p. ; CONSEIL ÉCONOMIQUE ET SOCIAL, Avis du 13 septembre 2000, 149 p ; P. BLANC, *Compensation du handicap : le temps de la solidarité*, Sénat, n° 369, 2002, 563 p.

21 D. TAQUET, J.-F. SERRES, *Rapport « Plus simple la vie » pour améliorer le quotidien des personnes en situation de handicap*, 2018, p. 239-259.

22 E. MICHAUD, « Les études d'impacts des politiques économiques internationales sur les droits de l'Homme », in D. LOCHAK (dir.), *À la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, op. cit., p. 229 et s.

de rationaliser les coûts et les dépenses et, d'autre part, celui pour les personnes en situation de handicap, de permettre l'application de la législation et l'exercice de leurs droits fondamentaux. C'est pourquoi l'évaluation des prescriptions économiques, sociales ou environnementales est déterminante. La connaissance des besoins permet ensuite l'identification des problématiques et d'attribuer les moyens nécessaires à leurs résolutions.

Parmi les insuffisances avancées pour expliquer l'inapplication du droit, l'absence des moyens financiers est récurrente, mais ne peut suffire²³. Parmi les raisons évoquées par les rapports *ex post*²⁴, figurent entre autres : les délais trop courts, les divergences d'interprétation de la réglementation par les Commissions consultatives départementales de sécurité et d'accessibilité, le surcoût de la mise en accessibilité, l'ambivalence des mécanismes de sanctions, sa complexité, la méconnaissance réelle du terrain ou encore l'interprétation même de la notion de handicap²⁵. Les insuffisances d'identification des besoins, l'absence de données statistiques ou d'évaluation des coûts constituent la principale critique. Par ailleurs, ce constat détonne d'autant plus que ces rapports n'ont qu'une approche relative de l'impact économique sur le long terme pour permettre une réelle initiative et dynamique en faveur de l'accessibilité²⁶. Les faiblesses dans la mise en œuvre du droit à l'accessibilité tiennent essentiellement à l'inexistence de données systématiques et d'études économiques et sociales sur cette thématique avant une période très récente. Il faut attendre 2011 pour que l'Observatoire interministériel de l'accessibilité et de la conception universelle (Obiaçu) procède à de premiers examens statistiques et à une évaluation des coûts²⁷. De plus, bien souvent, les valeurs ne sont données qu'à titre indicatif, sous forme d'estimation, rendant difficile de déterminer le coût total et réel de la mise en accessibilité²⁸. De même, les efforts financiers réalisés depuis 2006 sont mal connus à cause d'une mauvaise gestion et organisation sur le plan comptable. Aussi, une part de responsabilité peut être imputée aux collectivités territoriales qui contribuent à la méconnaissance du terrain. Si 86 % des commissions communales d'accessibilité avaient été installées au 1er juillet 2012, seules 198 établissaient annuellement des rapports obligatoires, pourtant indispensables pour faire remonter les difficultés liées à la mise en accessibilité²⁹. Face à l'obstacle de l'évaluation des moyens financiers, il paraît difficilement envisageable de mettre en œuvre une politique publique efficace lorsque les données permettant la détermination des besoins ne sont pas clairement posées et connues.

Face à cette lacune, les études d'impact successives ont démontré tout l'intérêt de leur contenu. C'est notamment le cas avec l'étude d'impact de la loi d'habilitation de l'ordonnance qui, prenant en compte l'importance de la loi de 2005 et de son inapplication, dénonce un certain désintérêt depuis

23 D. TAQUET, J.-F. SERRES, *Rapport « Plus simple la vie » pour améliorer le quotidien des personnes en situation de handicap*, op. cit., p. 247.

24 Cl.-L. CAMPION, I. DEBRE, *Loi handicap : des avancées réelles, une application encore insuffisante*, n° 635, Sénat, 2012, 190 p. ; N. BELLUROT et alii., *Rapport sur les modalités d'application des règles d'accessibilité du cadre bâti pour les personnes handicapées*, 2011, 84 p.

25 J. SENECHAL, « La loi n° 2014-789 du 10 juillet 2014, loi d'affaiblissement ou de mise en œuvre effective des règles préexistantes relatives à l'accessibilité aux bâtiments des personnes handicapées ? », *RTDI*, n° 3, 2014.

26 COUR DES COMPTES, « *La vie avec un handicap* », 2003, 309 p. ; en particulier, la Cour évoque le lien entre les discriminations et l'accessibilité, spéc. p. 56 et s. et l'intérêt de incitation fiscale, spéc., p. 220. et s.

27 OBIACU, *Rapport de l'observatoire interministériel de l'accessibilité et de la conception universelle*, op. cit., p. 23-31.

28 Cl.-L. CAMPION, *Réussir 2015*, op. cit., p. 3-5.

29 *Ibid.*, p. 20.

la loi de 1975³⁰. De la même manière, l'étude d'impact pare désormais à cette insuffisance compte tenu de l'obligation, en son sein, d'un « diagnostic handicap » pour appréhender les enjeux liés à la question³¹. Cependant, il ne s'agit souvent que de mentionner brièvement l'impact du handicap dans la législation et dans ce cas, l'étude préalable perd de son sens³². La loi ÉLAN de 2018 en fait l'illustration en ne tirant que faiblement les avantages de cette évaluation. Le législateur s'est limité à ne faire qu'un état très bref des conséquences macroéconomiques, sociales ou administratives des dispositions se cantonnant à quelques paragraphes sans préciser le nombre d'ERP déjà aux normes, celui en attente de travaux ou le montant estimé pour parvenir à l'objectif souhaité³³. En conséquence, l'évaluation confirme les craintes et ne reste, pour l'heure, qu'une simple formalité alors que son contenu influe de manière certaine sur la mise en œuvre du droit.

II. L'intervention du législateur pour pallier les insuffisances d'évaluation et de mise en œuvre

En réponse aux insuffisances des évaluations menées entre 1975 et 2005, le législateur a dû intervenir pour garantir l'application du droit à l'accessibilité. Il est venu corriger les conséquences des insuffisances d'évaluation (A) ; son intervention précise l'étendue de sa compétence et la portée des évaluations (B).

A. Le recours à la loi dans un objectif de correction

Cette phase de l'évaluation préalable doit permettre au législateur de n'intervenir que pour garantir une application plus effective du droit. Pour ce faire, s'intéresser à la détermination des objectifs souhaités, à l'explicitation des moyens que l'on souhaite mettre en œuvre, ainsi que la nécessité de légiférer sont des variables à prendre en compte³⁴. La reconnaissance des limites de ces choix passés, les insuffisances dans l'appréciation des objectifs à terme et des moyens mis en œuvre ont mené le législateur à prendre la mesure de ces lacunes et à moduler les objectifs initiaux en les adaptant aux moyens actuels.

La mise en place de dérogations et le prolongement des délais par les lois ultérieures illustrent ce pouvoir de correction. La loi-cadre de 1975 ne prévoyait aucun délai ni aucune sanction en cas d'inapplication du droit à l'accessibilité. La loi de 2005 innove en prévoyant un système contraignant dans l'hypothèse où le droit à accessibilité n'est pas mis en œuvre dans un délai de dix ans³⁵. Tandis

30 Projet de loi habilitant le Gouvernement à adopter des mesures législatives pour la mise en accessibilité des établissements recevant du public, des transports publics, des bâtiments d'habitation et de la voirie pour les personnes handicapées, avril 2014, 61 p., spéc., p. 6.

31 Circulaire du 4 septembre 2012 relative à la prise en compte du handicap dans les projets de loi, *JORF* n° 0206 du 5 septembre 2012, page 14345.

32 Voir à ce propos, le rapport présenté par le député Damien ABAD, sur la proposition de loi relative à l'égalité des droits et à l'intégration des personnes en situation de handicap, n° 972, 2013, 50 p.

33 Étude d'impact, Projet de loi portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique, 3 avril 2018, n° 846, p. 113-114

34 V. MARINESE, « Légistique et effectivité », in D. LOCHAK (dir.), *À la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 98 ; J. DELLEY et A. FLUCKIGER, « La légistique : une élaboration méthodique de la législation », in R. DRAGO, P. DE MONTALIVET (dir.), *La confection de la loi*, *op. cit.*, p. 83-96.

35 Décret n° 2006-555 du 17 mai 2006 relatif à l'accessibilité des établissements recevant du public, des installations ouvertes au public et des bâtiments d'habitation et modifiant le code de la construction et de l'habitation.

que ce mécanisme de sanction révèle une efficacité partielle, son impact reste bénéfique pour la mise aux normes d'accessibilité en ce qu'il a permis de relancer une dynamique attendue depuis 1975. Face à la difficile mise en œuvre de ce droit, dès 2011, le législateur a souhaité déroger à ce principe en excluant un certain nombre d'établissements de l'obligation d'accessibilité³⁶. Il s'offrait ainsi une marge de manœuvre emportant des conséquences sur la concrétisation du droit à l'accessibilité. En ce qui concerne les délais, leur appréhension fait également défaut. En réponse à ce constat, plusieurs rapports *ex post* de 2012-2013 ont préconisé des solutions pour l'amélioration de l'accessibilité³⁷. Alors que ces rapports attestent un retard significatif et reconnaissent un certain goût d'« inachevé »³⁸, le choix a été celui de maintenir l'échéance de 2015 pour ne pas, à l'évidence, imputer cette erreur de prévision au législateur. Ce retard ne surprend toutefois pas puisqu'il avait déjà été annoncé par le Rapport *Gohet* de 2008, qui invitait à une « nécessaire relance » de la politique publique du handicap, à améliorer les méthodes d'évaluation et à mettre en place un calendrier prévisionnel de la mise en accessibilité³⁹. L'accessibilité reste bien en deçà des résultats souhaités à l'approche de l'échéance. En 2014, le législateur a été habilité à agir par voie d'ordonnance à prendre une série de mesures pour refondre entièrement le régime de la mise en accessibilité en prévoyant des agendas d'accessibilité programmés (Ad'Ap). Le but de ce mécanisme est de moduler la mise aux normes d'accessibilité autour d'un calendrier resserré. Les acteurs de la mise en accessibilité disposent alors d'un délai supplémentaire de trois ans, renouvelable dans certains cas deux fois pour mettre aux normes les ERP en fonction de leurs moyens financiers⁴⁰. L'ordonnance de 2014 pallie l'erreur d'évaluation en ce qui concerne les délais. Une interrogation persistait : celle de la mauvaise appréciation de la réalisation des travaux de l'ensemble des ERP⁴¹. En réaction, en 2018, le législateur est intervenu une nouvelle fois pour encadrer les difficultés inhérentes au droit à l'accessibilité. Avec la loi de 2005, la mise aux normes était obligatoire pour l'ensemble des ERP. Dorénavant, l'obligation d'aménagement prévue par la loi ELAN est réduite à hauteur de 20 % des logements. Les autres doivent être évolutifs par de simples travaux⁴².

En somme, l'ordonnance de 2014 et la loi de 2018 sont venues corriger les imprécisions de l'évaluation de la loi, quitte à s'éloigner de la volonté d'accessibilité universelle voulue par le pouvoir législatif de 2005. Il est probable que si les évaluations étaient appuyées par une connaissance du terrain mieux maîtrisée dans le début des années 2000 et dont il a été reconnu les torts dans les rapports *ex post*, l'intervention correctrice par voie de dérogation du législateur aurait pu être évitée.

36 Article 19 et 20 de la loi n° 2011-901 du 28 juillet 2011.

37 Cl.-L. CAMPION, *Réussir 2015*, *op. cit.*, p. 17-30 ; J. SENECHAL, « Rapport CAMPION, mars 2013 : Réussir 2015 : accessibilité des personnes handicapées au logement, aux établissements recevant du public au transport a la voirie et aux espaces publics », *RTDI*, n° 2, 2013.

38 Cl.-L. CAMPION, I. DEBRE, *Loi handicap : des avancées réelles, une application encore insuffisante*, *op. cit.*, p. 100-115 ; J.-P. VIAL, *Rapport d'information sur l'accessibilité des établissements recevant du public, des transports publics, des bâtiments d'habitation et de la voirie pour les personnes handicapées*, n° 454, Assemblée nationale, p. 17-20.

39 P. GOHET, *Sur le bilan de la loi du 11 février 2005 et de la mise en place des Maisons Départementales des Personnes Handicapées*, 2009, p. 30-34.

40 Articles 1 à 3 de la loi n° 2014-789 du 10 juillet 2014 ; Articles 1 à 12 de l'ordonnance n° 2014-1090 du 29 septembre 2014 ; Article 5 de la loi n° 2015-988 du 5 août 2015 ; J.-M. PASTOR, « Délais allongés pour se mettre en conformité avec la loi Handicap », *AJDA* 2014. 1854 ; A. MASSON « Tribune – Ad'AP : un doigt de volonté, un zeste de bon sens... », *Juris tourisme* 2016, n° 189, p. 16 ; J. SENECHAL, « De la difficile mise en œuvre des règles d'accessibilité des personnes handicapées aux bâtiments : les apports de l'ordonnance n° 2014-1090 du 26 septembre 2014 et de la loi n° 2015-988 du 5 août 2015 », in S. CHASSAGNARD-PINET, A. GONZALEZ (dir.), *Compensation du handicap et inclusion sociale*, Mare et Martin, 2017, p. 183-208.

41 Cl.-L. CAMPION, *Réussir 2015*, *op. cit.*, p. 21.

42 Article 64 de la Loi n° 2018-1021 du 23 novembre 2018.

Dès lors, si la loi est un moyen efficace pour corriger les insuffisances d'évaluation, son recours systématique se fait au détriment d'une efficacité totale du droit à l'accessibilité.

B. L'encadrement du recours à la loi

La mise en place de dérogations et l'allongement des délais ne favorisent pas la mise en œuvre du droit à l'accessibilité. Au contraire, ils le limitent en ne prévoyant plus qu'une mise en œuvre partielle. Légiférer est un moyen utile pour répondre aux carences de cette inapplication mais l'impact de cette démarche de rectification reste de privilégier l'application des normes et leurs survies dans l'ordre juridique au détriment de l'application des droits fondamentaux. Or, l'intérêt des rapports d'évaluation est d'éviter d'avoir recours *a posteriori* aux lois pour corriger les insuffisances des évaluations *ex ante*. La loi ÉLAN est, encore une fois, une illustration convaincante. Le projet de loi a été discuté au sein des assemblées puis promulgué sans attendre le contrôle-évaluation de l'ordonnance de 2014 et sa loi de ratification de 2015 qui devait avoir lieu d'ici décembre 2018. La loi de 2018 n'a donc simplement pas eu à suivre les recommandations de ce rapport de suivi et d'état d'application de la loi.

Le législateur se heurte néanmoins à certaines résistances lors du processus législatif notamment de la part d'organismes chargés de l'évaluation et du contrôle *ex ante* des normes. C'est notamment le cas du Conseil national d'évaluation des normes (ci-après CNEN) qui regrette l'intervention législative lorsqu'elle conduit à une loi inapplicable et sans concrétisation. Dans son avis du 24 juillet 2014, le CNEN se déclare défavorable à l'ordonnance de 2014 considérant que légiférer n'est pas la solution adéquate pour résoudre les carences de l'inapplication de la loi de 2005⁴³. Ce choix, expressément motivé, ne laisse place à aucune ambiguïté. Selon le Conseil, le degré de précision excessif empêche l'application du principe de proportionnalité et réduit les marges de manœuvre locales. L'encadrement normatif constitue un frein à l'accessibilité fixée par la loi de 2005. Le CNEN appelle en conséquence solennellement les protagonistes à effectuer une évaluation *ex post* afin de « déterminer le taux d'utilisation des équipements rendus nécessaires par les textes » et invite au « discernement pour une application des règles relatives à l'accessibilité proportionnée aux moyens financiers des collectivités territoriales sauf ralentir l'effectivité des progrès »⁴⁴. La portée de cet avis reste toutefois limitée compte tenu son caractère facultatif. Le législateur n'est pas tenu par ses délibérations, ce qui relativise l'intérêt du législateur à l'égard des évaluations, autrement que pour son utilité simplement formelle.

Le Conseil constitutionnel veille également à ce que les dérogations ne dénaturent pas l'esprit de la loi de 2005. Le juge constitutionnel a déjà eu l'occasion de censurer certaines dispositions contrevenant à une mise en œuvre effective de la loi au motif qu'elles instituent des dispositions dérogatoires, défavorables au droit à l'accessibilité, étrangères au domaine des lois de finances⁴⁵ ou

43 CNEN, Procès-verbal des délibérations, séance du 24 juin 2014, p. 1-2.

44 CNEN, Rapport public d'activité 2014, 25 p., en particulier, p. 9; Disponible sur <http://www.cnen.dgcl.interieur.gouv.fr/articles/deliberationsh1a12.html>; Autre illustration : Séance du 10 juillet 2014, délibération n° 14-07-10-00035, p. 2-6

45 Cons. const., Décision n° 2009-600 DC du 29 déc. 2009, *AJDA* 2010, p. 7; *Constitutions* 2010, p. 277 et p. 283, note A. BARILARI.

ne respectant pas l'objectif à valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi⁴⁶. Il faut néanmoins observer que, lorsque les juges ont à censurer des dispositions relatives à l'accessibilité, ils ne se prononcent qu'au travers de la procédure d'adoption de la loi et non pas sur le fond du droit à l'accessibilité. Si le Conseil constitutionnel veille à ce que les politiques publiques établies par la loi ne portent pas atteinte aux droits fondamentaux, l'étendue de son contrôle est limitée par la compétence du législateur. Deux raisons permettent d'expliquer cette marge de manœuvre. Tout d'abord, l'intervention du Conseil constitutionnel s'avérerait inopportune dans la mesure où il ne jugerait probablement pas de l'appréciation des choix du législateur à l'égard de l'ampleur des travaux, ne souhaitant pas s'immiscer dans les calculs opérés par les services du Gouvernement et les expertises menées quant aux données statistiques et chiffrées. Il n'est d'ailleurs pas certain que, si la loi-handicap avait fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité en 2005, la détermination du délai de dix ans aurait été censurée. En outre, les Sages n'ont pas un pouvoir d'appréciation égal à celui du Parlement et doivent s'abstenir de tout contrôle en opportunité⁴⁷. Sans outrepasser leur compétence, ils rappellent que seul le législateur dispose de la capacité de déterminer les modalités concrètes qui lui paraissent appropriées pour la réalisation ou la conciliation d'objectifs de nature constitutionnelle, à la seule réserve que l'exercice de ce pouvoir ne saurait aboutir à priver de garanties légales les exigences constitutionnelles. À la suite des erreurs de planification, le législateur peut envisager de rectifier substantiellement ses choix passés pour permettre une application, qui demeure, en réalité, en demi-teinte. Puisqu'il appartient au législateur d'apprécier l'opportunité des modalités nouvelles qui peuvent comporter la modification ou la suppression de dispositions qu'il estime excessives ou inutiles⁴⁸, en l'espèce le caractère obligatoire du droit à l'accessibilité, la mise en œuvre de ce droit, après la promulgation de la loi ÉLAN, s'apparente une fois encore à un écran de fumée.

Conclusion

L'application des lois relatives au handicap depuis 1975 jusqu'à 2018 traduit un droit d'une extrême fragilité. La mise en œuvre du droit à l'accessibilité laisse croire que légiférer n'est plus le seul moyen efficace pour garantir l'exercice des droits fondamentaux que ce soit dans sa phase d'évaluation que dans celle de correction des erreurs de planification. Faute de rapports d'évaluation convaincants, les carences se multiplient montrant que la relation entre la liberté de légiférer et l'effectivité des droits est très relative. Si l'accessibilité était le principe, dorénavant, elle devient l'exception qui infirme la règle.

46 P. RRAPI, « Critères objectifs de concrétisation d'un droit constitutionnel et critères objectifs d'application d'une loi », *RFDC*, 2012, n° 89, p. 119-122. ; Cons. Const., Décision n° 2011-639 DC du 28 juillet 2011, Loi tendant à améliorer le fonctionnement des maisons départementales des personnes handicapées et portant diverses dispositions relatives à la politique du handicap n° 2011-901 du 28 juillet 2011, *J.O* du 30 juillet 2011, page 13011, *Recueil*, p. 398, § 10 ; Voir Y. DAGORNE-LABBE, « Le droit d'accessibilité des personnes handicapées remis en question », *La Semaine Juridique Édition Générale*, n° 38, 2011, p. 996 et s., Sur l'OVC d'accessibilité et d'intelligibilité, voir L. GAY, « Le contrôle des qualités formelles de la loi en droit constitutionnel comparé : France, Espagne et Canada », in M. FATIN-ROUGE STEFANINI, *et alii* (dir.), *Autour de la qualité des normes*, *op. cit.*, p. 98-144 ; Cons. Const., Décision n° 99-421 DC du 16 déc. 1999, *Rec.* p. 136.

47 Cons. Const., Décision n° 89-261 DC du 28 juillet 1989, *J.O* du 1^{er} août 1989, p. 9679.

48 Cons. Const., Décision n° 2018-772 DC du 15 novembre 2018, *Loi portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique*, para. # 36.

PARTIE II

L'INAPPLICATION DES MÉCANISMES DE CONTRÔLE

CHAPITRE I

L'ABSTENTION DES AUTORITÉS DE CONTRÔLE

LA TOLÉRANCE ADMINISTRATIVE, INAPPLICATION CONDAMNABLE DU DROIT

Fanny GRABIAS¹

Résumé

S'il est difficile de mesurer l'ampleur du phénomène que constitue la tolérance administrative, l'étude de cette notion parmi les multiples causes d'inapplication du droit révèle qu'il s'agit d'une inapplication condamnable, parce qu'elle est une question de volonté : des illégalités subsistent parce que l'Administration refuse de les sanctionner ou d'y mettre fin. Juridiquement condamnable, elle n'est pour autant que rarement condamnée : une multitude de facteurs conduisent en effet à la soustraire de toute sanction juridictionnelle.

Abstract

The administrative tolerance is a phenomenon whose extent is difficult to measure. This notion can however be studied within the multiple causes of law's non-enforcement and it appears that such a non-enforcement is reprehensible for it is will based. Inequalities remains because the Administration refuses to either sanction or end it. Even though it is reprehensible, the administrative tolerance is hardly ever punished for many factors shield it from any kind of sanction.

« [l]'autorité s'enracine dans la règle ; affaiblir la règle [...] c'est, pour le pouvoir, saper ses propres bases ; il est d'autant mieux obéi, lorsqu'il entend faire respecter la loi par les citoyens, que lui-même donne l'exemple²... »

Thème presque récurrent de la littérature juridique, l'inapplication du droit est à la source de multiples ressentis : tandis qu'elle continue d'intriguer le scientifique en tant que phénomène social, qu'elle rassure parfois l'administré dépassé par la technicité et la complexité des innombrables règles auxquels il est soumis et qu'elle satisfait toujours ses heureux bénéficiaires, elle est dans le même

1 Maître de conférences à l'Université Lille 2.

2 Jean RIVERO, *Le Monde*, 31 octobre 1963, p. 4.

temps source d'inquiétudes et de révolte. Révolte tout d'abord des malheureux qui n'ont pas (eu) la chance d'en bénéficier ou qui ont la malchance de la subir ; inquiétudes ensuite en raison de la menace qu'elle fait peser sur l'ordre juridique et sur la notion même d'État de droit³. Et l'organisation d'une journée d'étude consacrée à ce thème par les Professeurs Olivier Le Bot et Romain Le Bœuf ne fait que confirmer la richesse inépuisable de cette thématique. L'inapplication du droit interroge. Elle interroge le juriste impuissant, condamné à observer un phénomène tout à la fois changeant et persistant. L'inapplication du droit, en effet, persiste et subsiste au-delà des siècles, à tel point qu'elle paraît consubstantielle au droit. À cet égard, tout le monde s'accordera pour dire, à l'instar de M. Cruet que, dans tout État de droit, « il existe un coefficient d'illégalités dont on peut [sans doute] dire qu'il est inévitable »⁴. Le phénomène est également changeant, en ce sens que ses modalités de réalisation se diversifient à mesure que les règles de droit se multiplient. De l'Administration qui ne prend pas les actes réglementaires d'application des textes supérieurs⁵, qui continue d'appliquer des textes illégaux⁶ ou n'applique pas des textes légaux ou qui, plus largement, n'exécute pas les obligations qui pèsent sur elle⁷, en passant par le Parquet qui peut décider de ne pas poursuivre pénalement des individus qui ont pourtant violé la loi, jusqu'au juge administratif qui peut aujourd'hui décider de ne pas sanctionner certaines illégalités⁸, nombreuses sont les hypothèses dans lesquelles le droit n'est pas appliqué. La tolérance administrative fait assurément partie de celles-ci.

Tout comme le résultat auquel elle aboutit – l'inapplication du droit – et peut-être même davantage, la tolérance administrative divise en raison de son ambivalence. C'est qu'elle revêt en effet un double visage que laissent suggérer les différentes définitions qui sont données de la tolérance dans les dictionnaires classiques : elle est appréhendée tantôt comme une vertu⁹, tantôt comme une faiblesse¹⁰. Lorsqu'elle porte cependant non sur l'édiction des règles¹¹ mais sur leur

3 V. en ce sens M. GENTOT, concl. sur CE, Ass., 7 mai 1971, *Ministre de l'économie et des finances et ville de Bordeaux c/ Sieur Sastre*, Rec., p. 334 : « [l]e principe de base, celui sans lequel il n'y aurait point d'État de droit, c'est que l'autorité administrative est tenue d'une obligation générale de respecter et de faire respecter la loi ».

4 J. CRUET, *La vie du droit et l'impuissance des lois*, Flammarion, 1908.

5 V. par ex. D. DE BÉCHILLON, « À propos de l'obligation faite au gouvernement de prendre des règlements d'exécution des lois », *AJDA* 2009, p. 686. Pour une illustration récente, à propos de l'absence de mesures réglementaires prises par le Gouvernement pour prévenir et limiter les pollutions lumineuses en application de l'article L. 583-1 du code de l'environnement tel qu'issu de la loi Grenelle 2 du 12 juillet 2010, v. CE, 28 mars 2018, *Association France Nature environnement*, req. n° 408974, inédit au recueil.

6 Sur l'obligation de ne pas appliquer une loi contraire à une norme de droit communautaire ou de droit international, v. CE, 24 fév. 1999, *Association des patients de la médecine d'orientation anthroposophique et autres*, Rec., p. 29 ; *AJDA* 1999, p. 823, note RICCI (norme de droit communautaire) ; CE, 26 sept. 2005, *Assoc. collectif contre l'handiphobie*, RFDA 2005, p. 122 (norme de droit international) ; sur l'obligation pour l'Administration de ne pas appliquer un règlement illégal, v. CE, Avis, 9 mai 2005, *Marangio*, Rec., p. 195 ; RFDA 2005, p. 1024, concl. GLASER ; *JCP A* 2005, n° 1253, note BILLET.

7 On peut, à cet égard, évoquer par exemple les difficultés rencontrées dans la mise en œuvre du droit au logement opposable, que corrobore une jurisprudence fournie.

8 On pourrait, à cet égard, parler de « tolérances juridictionnelles ». Sur cette question des illégalités non sanctionnées, v., par ex, B. SEILLER, « L'illégalité sans l'annulation », *AJDA* 2004, p. 963. On y retrouve la possibilité pour le juge de moduler dans le temps les effets de l'annulation contentieuse (CE, Ass., 11 mai 2004, *Association AC ! et autres*, Rec., p. 197), de procéder à des substitutions ou neutralisations de motifs (CE, Sect. 6 février 2004, *M^{me} Hallal*, *AJDA* 2004, p. 436, chron. F. DONNAT et D. CASAS), de n'annuler un acte pour vice de procédure que lorsque ce dernier est dit substantiel (CE, Ass., 23 déc. 2011, *Danthony*, Rec., p. 649) ou encore de régulariser un acte administratif illégal en raison d'un simple vice de forme ou de procédure (CE, Sect., 1er juillet 2016, *Commune d'Emerainville et syndicat d'agglomération nouvelle de Marne-la-Vallée-Val-Maubuée*, n° 363047 et n° 363134). Le juge a d'ailleurs tout récemment parachevé cette évolution jurisprudentielle relative aux illégalités externes puisqu'il a jugé que les vices de forme et de procédure n'étaient plus opérants lors de la contestation d'un acte réglementaire par voie d'exception ou lors du recours contre le refus d'abroger un tel acte (CE, 18 mai 2018, *Fédération des finances et des affaires économiques de la CFDT*, n° 414583, à paraître au Lebon ; *AJDA* 2018, p. 1241, note Melleray).

9 Ainsi la tolérance est-elle parfois synonyme d'indulgence, de bienveillance.

10 L. TALLINEAU, « Les tolérances administratives », *AJDA* 1978, p. 3.

11 On peut trouver un exemple éloquent de ce type de « tolérance » dans l'édiction des règles avec la reconnaissance récente, au profit des administrés, d'un « droit à l'erreur ». Ce « droit à l'erreur », qui consiste pour l'essentiel à ne pas sanctionner un individu qui commet de bonne foi une illégalité pour la première fois, est la manifestation d'une certaine bienveillance des pouvoirs publics.. Pour une analyse de ce nouveau

application, c'est le plus souvent sur un ton réprobateur qu'elle est appréhendée¹², encore qu'il faille s'entendre sur ce que recouvre, juridiquement, la notion de tolérance. Le *Vocabulaire juridique* la désigne comme le « fait, pour l'autorité publique ou le titulaire d'un droit, de supporter une activité franchement illicite [...] ou un agissement sans droit [...] d'où résulte, le plus souvent, un régime d'autorisation ou une situation précaire, plus exceptionnellement l'acquisition d'un droit au bout d'un certain temps [...] »¹³. En dépit d'une imprécision qui peut être source de confusions¹⁴, cette définition permet de faire un premier tri au sein des différentes utilisations qui sont faites de l'expression et notamment d'exclure celles qui n'ont vocation qu'à exprimer la mansuétude ou la bienveillance de l'Administration à l'égard des administrés. Il en va ainsi de ce que l'on peut appeler les « tolérances-autorisations » contenues dans certaines règles de droit, telles la « tolérance » de 5 ou 7 km/h en matière d'excès de vitesse¹⁵ et instaurée pour tenir compte des marges d'erreur des cinémomètres¹⁶, ou encore des « tolérances » instituées par voie de circulaires ou d'instructions, notamment en matière fiscale¹⁷. Dans ces différentes hypothèses, et pour des raisons diverses que la présente contribution ne peut développer, l'expression « tolérance administrative » n'a qu'une fonction rhétorique. Il ne s'agit pas d'une réelle tolérance dans la mesure où il n'y a pas ou plus d'illégalité (celle-ci étant neutralisée). Autrement dit, parce que la mansuétude « administrative » est intégrée dans la règle¹⁸ ou imposée par la règle¹⁹, il ne s'agit pas *stricto sensu* de tolérance administrative. C'est que, et c'est là un premier élément important de définition, la tolérance administrative est assurément une inapplication du droit, mais elle est une inapplication spécifique : elle consiste, pour l'Administration, à laisser subsister des illégalités commises par des administrés alors qu'elle a les moyens de les sanctionner ou d'y mettre fin. C'est en tout cas à cette définition assez générale que se réfère la doctrine depuis l'étude générale consacrée par Madame Tallineau aux tolérances administratives en 1978²⁰. Pour autant, et malgré tout le mérite que l'on doit reconnaître à cette étude pour avoir brisé le silence sur un phénomène trop longtemps ignoré en droit administratif, cette définition manque aujourd'hui de précision.

droit, v. par ex. B. SEILLER, « Droit à l'erreur : pour qui ? », *AJDA* 2018 p. 1465 ; A. PERRIN et A. VIDAL-NAQUET, « Quel droit à l'erreur ? », *AJDA* 2018 p. 1837 ; B. PLESSIX, « Le droit à l'erreur et le droit au contrôle », *RFDA* 2018 p. 847.

12 C'est ainsi que J.-M. AUBY soulignait, par exemple, que s'« il arrive sans doute parfois que le législateur, dans un texte particulier, charge certaines autorités administratives d'assurer d'une certaine manière l'exécution du texte par les particuliers, [...] cela ne signifie en aucune façon qu'en l'absence d'une telle clause spéciale, l'Administration est libre de tolérer les illégalités commises par les particuliers ou de ne relever que certaines d'entre elles » : J.-M. AUBY, note sur CE, 2 déc. 1960, *Dame veuve Franc*, *D.* 1962, p. 6.

13 V° « Tolérance », in G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Puf, 2008.

14 Cette définition est en effet relativement évasive quant aux effets qu'est susceptible d'emporter la tolérance : « d'où résulte, le plus souvent, un régime d'autorisation ou une situation précaire » – il y a donc dans le même temps une assimilation et une distinction avec l'autorisation – ; « plus exceptionnellement l'acquisition d'un droit au bout d'un certain temps » – il serait préférable ici de préciser que l'acquisition d'un droit par tolérance n'est valable pour le moment en droit français que lorsque cela est prévu par un texte.

15 Arrêté du 4 juin 2009 relatif aux cinémomètres de contrôle routier, *JORF* du 23 juin 2009, p. 10222.

16 L'arrêté parle plus précisément d'« erreurs maximales tolérées ».

17 De telles « tolérances » peuvent également être prévues par la loi elle-même. C'est le cas par exemple de ce que l'on appelle la « tolérance du vingtième », prévue à l'article 1727 du Code général des impôts, qui dispense du paiement des intérêts de retard le contribuable qui, par une erreur commise de bonne foi, omet la déclaration d'un revenu pour un montant inférieur à 5 % du total du revenu imposable.

18 La « tolérance » se manifeste alors par l'introduction d'une marge qui permet d'augmenter les limites fixées par un texte. Outre l'arrêté précédemment cité concernant le calcul de la vitesse des véhicules, c'est le cas également par exemple de l'arrêté du 6 octobre 1978 relatif à l'isolement acoustique des bâtiments d'habitation contre les bruits de l'espace extérieur, qui impose un niveau d'isolation mais dispose que « pour tenir compte des incertitudes liées aux mesures, une tolérance de 3dB (A) sur ces limites est admise ».

19 C'est le cas s'agissant de la garantie des contribuables contre les changements de doctrine, telle que prévue à l'art. L. 80 B du Livre des procédures fiscales.

20 L. TALLINEAU, art. préc.

Telle que présentée, la tolérance administrative ne serait en effet rien d'autre qu'une inapplication du droit spécifique en raison de son objet : la violation des règles de droit par les administrés. De ce point de vue, elle ne saurait faire l'objet d'un régime juridique uniforme, l'Administration pouvant tout aussi bien s'abstenir d'agir légalement face à une situation illégale parce que, par exemple, elle dispose d'un pouvoir discrétionnaire ou de l'opportunité des poursuites²¹, que s'abstenir illégalement parce qu'elle viole l'obligation qui pèse sur elle d'assurer le respect des règles de droit²². Pour le dire autrement, toute situation illégale que l'Administration ne sanctionnerait pas ou à laquelle elle ne mettrait pas fin alors qu'elle dispose de moyens pour agir devrait être considérée comme une tolérance de sa part.

Or, ce n'est pas à une telle conclusion que conduit une étude approfondie du contentieux : les solutions posées par le juge dans de telles hypothèses tendent au contraire à montrer que la tolérance administrative est une inapplication condamnable du droit, parce qu'elle est une question de volonté : des situations illégales subsistent parce que l'Administration *ne veut pas* les sanctionner ou y mettre fin, alors pourtant qu'elle est soumise à une obligation générale de faire respecter les règles de droit (I). C'est dire que, d'un point de vue strictement juridique, la tolérance administrative perd son visage vertueux, et elle se distingue ainsi au sein des causes multiples d'inapplication du droit par l'arbitraire qu'elle suppose. On s'étonnera alors de trouver encore aujourd'hui des exemples, plus ou moins visibles, plus ou moins flagrants, plus ou moins acceptables pourrait-on même dire, d'illégalités assurément connues de l'Administration, non justifiées juridiquement, et pourtant non sanctionnées. C'est que, et c'est là sans doute un paradoxe qu'il est aujourd'hui difficile d'admettre dans un État de droit, la tolérance administrative échappe pour une large part à toute sanction juridictionnelle (II).

I. Le critère de la condamnation : la volonté de ne pas faire respecter les règles de droit

La tolérance est définie classiquement comme une « condescendance, indulgence pour ce qu'on ne veut pas ou ne peut pas empêcher »²³. Il s'agirait simplement de laisser faire, de « supporter », conformément à l'étymologie du terme. Juridiquement pourtant, cette acception large doit être rejetée : le Conseil d'État a indirectement affirmé que la tolérance administrative consiste à *ne pas vouloir* sanctionner ou faire cesser une situation illégale, ce qui constitue une illégalité fautive (A). Cette intégration de la volonté dans la définition de la tolérance administrative, au demeurant indirecte, soulève un certain nombre d'interrogations compte tenu du cantonnement traditionnel de son rôle en droit administratif. Plus précisément, parce qu'elle est une notion éminemment subjective, elle ne peut être appréhendée par le juge administratif que selon une méthode d'identification adaptée (B).

21 Il suffit de songer au large pouvoir discrétionnaire dont disposent les autorités administratives indépendantes pour user de leur pouvoir de sanction.

22 V., à propos par exemple de l'obligation pour une autorité de police d'user de ses pouvoirs afin de faire respecter une réglementation préexistante, CE, Sect., 14 déc. 1962, *Doublet, Rec.*, p. 680.

23 V° « Tolérance » in *Le nouveau petit Littré*, Librairie Générale Française, 2009. D'autres définitions ne font toutefois pas référence à cette distinction entre vouloir et pouvoir. Ainsi le *Dictionnaire de la langue française* définit-il la tolérance comme « le fait de tolérer quelque chose, d'admettre avec une certaine passivité [...] ce que l'on aurait le pouvoir d'interdire, le droit d'empêcher ». *Le petit Robert*, quant à lui, la désigne comme le « fait de tolérer, de ne pas interdire ou exiger, alors qu'on le pourrait ».

A. La consécration du critère

L'idée que la tolérance soit juridiquement une question de volonté n'est pas aussi évidente que notre propos pourrait le laisser penser. En effet, l'usage de l'expression « tolérance » est surtout le fait de la doctrine, le juge administratif se contentant généralement de viser l'abstention de l'Administration ou de mobiliser des notions dont le contenu juridique ne souffre pas la discussion²⁴. Pour le dire autrement, le juge est non seulement réticent à utiliser le substantif tolérance ou le verbe tolérer, mais aussi à mettre en exergue une volonté délibérée de l'Administration de ne pas sanctionner une illégalité commise par un administré. Cela explique en partie pourquoi la doctrine ne nous paraît pas avoir établi de lien entre tolérance et volonté, seule une comparaison minutieuse de certaines espèces permettant de l'établir.

En outre et surtout, les solutions posées en matière de non-respect des règles de droit par les administrés sont longtemps parues contradictoires et certaines d'entre elles ont pu diviser la doctrine, notamment en ce qui concerne l'existence de l'obligation administrative d'assurer le respect des règles de droit. Si les débats ne concernent plus aujourd'hui que le contenu de cette obligation générale, ce contexte n'a guère favorisé une identification nette de la tolérance parmi les cas d'inapplication du droit. Il reste que, contrairement à la définition donnée précédemment, le Conseil d'État a clairement distingué, juridiquement, le fait de « ne pas vouloir » et de « ne pas pouvoir » sanctionner ou mettre fin à une situation illégale : il a en effet consacré un régime de responsabilité spécifique, la responsabilité sans faute, dans les cas où l'Administration *ne peut pas* mettre fin à une illégalité. À l'inverse, lorsqu'il résulte des circonstances que cette dernière n'a pas démontré son impossibilité de mettre fin à la situation, elle engage sa responsabilité pour faute. En traitant différemment les hypothèses de « passivité » administrative selon que l'Administration ne veut pas ou ne peut pas faire cesser une illégalité, la jurisprudence a par conséquent réduit la tolérance à une question de volonté.

Cette distinction, à notre sens clairement apparue en 1971, était en réalité déjà sous-jacente en jurisprudence, puisque la notion d'impuissance a été implicitement reconnue dans l'arrêt *Couitéas*²⁵.

1. L'impuissance juridique ou les prémisses de la consécration

Contrairement à ce que pourrait laisser croire le caractère récent de l'intérêt porté par la doctrine administrativiste à l'impuissance publique, cette dernière n'est pas un mal propre de notre siècle. Elle n'est en tout cas pas nouvelle, et si elle est aujourd'hui pointée du doigt par l'opinion publique, « prompte à dénoncer l'inquisition administrative mais [...] devenue impitoyable envers les carences de la police »²⁶, c'est sans doute parce que la garantie des droits des citoyens – et les attentes qu'elle nourrit subséquemment – n'a jamais été aussi importante au sein de notre État. L'impuissance publique s'est donc révélée progressivement, à mesure que les droits des individus se sont faits plus nombreux.

²⁴ Ainsi arrive-t-il au juge d'évoquer la négligence ou la carence d'une autorité.

²⁵ CE, 30 nov. 1923, *Couitéas*, *Rec.*, p. 789 ; S. 1923, 3^e partie, p. 57, concl. RIVET, note HAURIOU ; *RDP* 1924, p. 208, note JÈZE.

²⁶ D. TRUCHET, *Droit administratif*, Puf, Thémis, 6^e éd., 2015, p. 326-327.

Bien qu'« elle ne se laisse pas facilement définir »²⁷, l'« impuissance publique » peut recouvrir, comme l'a expliqué Étienne Picard, deux acceptions différentes selon qu'elle concerne les moyens de l'administration ou les résultats de son action. La première – l'impuissance quant aux moyens – désigne la situation dans laquelle les moyens dont dispose l'Administration sont insuffisants et inadaptés aux fonctions qui lui sont assignées. La seconde – l'impuissance publique quant aux résultats – désigne quant à elle

« une certaine incapacité de la puissance publique [...] à maintenir, au sein de la République ou tout au moins en plusieurs lieux de son empire, un certain ordre public : son incapacité, au moins ponctuelle, mais de plus en plus préoccupante [...] à assurer le respect des lois [...] »²⁸.

Or, si « l'impuissance quant aux résultats s'explique par l'impuissance quant aux moyens »²⁹, c'est surtout à la première qu'il faut s'intéresser, la notion de tolérance reposant sur l'existence d'illégalités non sanctionnées. Et s'agissant justement de la reconnaissance de « l'incapacité de la puissance publique [...] à garantir un certain ordre public [et] à assurer le respect des lois »³⁰, on peut en distinguer les prémisses dans l'arrêt *Couitéas* consacrant la responsabilité sans faute de l'État du fait des refus d'exécuter les décisions de justice³¹.

En reconnaissant que l'Administration peut, sans commettre de faute, refuser d'apporter son concours à l'exécution d'une décision de justice, alors qu'elle en a normalement l'obligation, cet arrêt reconnaît indirectement que l'État n'est pas toujours en mesure de faire respecter « l'ordre public » inhérent au respect des règles de droit. Il souligne implicitement en effet que l'Administration peut être confrontée à devoir « choisir » entre deux illégalités : le non-respect d'une décision de justice, d'une part, et le trouble à l'ordre public, d'autre part. Cela revient donc à admettre, dans une telle situation, qu'elle « ne peut pas » faire respecter une de ces deux règles de droit. L'impuissance reconnue indirectement par le juge administratif dans cet arrêt s'identifie en amont, indépendamment de toute intervention de l'Administration : elle autorise l'Administration à ne pas respecter son obligation de prêter main-forte à l'exécution des décisions de justice en cas de risque de trouble grave à l'ordre public³². La faute de l'Administration dépend de la réalité de ces troubles. L'impuissance de l'Administration reconnue par l'arrêt *Couitéas* est donc spécifique en ce sens qu'elle trouve sa source dans l'incompatibilité entre normes, et l'impossibilité pour l'Administration de respecter, dans le même temps, deux obligations contradictoires³³. C'est, autrement dit, l'ordre juridique lui-même qui est porteur d'impuissance : il s'agit d'impuissance « juridique ».

27 E. PICARD, « L'impuissance publique en droit », *AJDA* 1999, n° spécial, p. 11.

28 *Ibidem*.

29 *Ibidem*.

30 *Ibidem*.

31 CE, 30 nov. 1923, *Couitéas*, préc.

32 V. en ce sens la lecture *a contrario* de l'arrêt CE, 25 nov. 2009, *Ministre de l'intérieur, de l'Outre-mer et des collectivités territoriales c/ Société Orly Parc*, *AJDA* 2009, p. 2257, dans lequel la Haute Assemblée réaffirme que, sauf risque excessif de trouble à l'ordre public, l'autorité administrative est toujours tenue d'accorder le concours de la force publique, sans pouvoir porter aucune appréciation sur le bien-fondé de la demande. Littéralement, il faut plutôt considérer que l'existence des troubles suspend temporairement l'obligation qui pèse sur l'administration.

33 Il s'agit là d'un conflit d'obligations : le respect de l'une exclut nécessairement celle de l'autre. Comme le soulignait G. JÈZE dans sa note sous l'arrêt *Couitéas*, l'Administration doit en effet « choisir entre deux troubles sociaux d'une gravité inégale », et doit à ce titre « choisir le moindre mal ». Développant son analyse à propos de l'obligation d'exécuter les décisions de justice, JÈZE poursuivait ainsi : « le refus d'exécuter la chose jugée est un trouble à la paix sociale, puisqu'il est de nature à pousser les individus à user de la violence pour se faire justice à eux- »

Cette jurisprudence ne concerne cependant que des illégalités spécifiques, à savoir la violation d'une décision de justice et les atteintes susceptibles d'être portées à l'ordre public. On peut à cet égard s'interroger sur le champ d'application de l'impuissance en dehors de ces hypothèses. Est-elle susceptible de concerner d'autres règles de droit, telles que des dispositions législatives ou réglementaires ? Est-elle susceptible d'être causée par des considérations autres que le respect de l'ordre public ?

L'on peut d'abord songer à des considérations plus larges, dépassant l'acception restrictive qui est donnée de l'ordre public en la matière³⁴. L'intérêt général pourrait, à cet égard, apparaître comme un puissant vecteur d'impuissance « juridique » au regard de son caractère éminemment fonctionnel. Il reste que, lorsqu'il s'agit de l'opposer à une action de l'Administration visant à faire respecter les règles de droit par les administrés, son potentiel théorique cède devant ses rares applications pratiques. En réalité, et à l'instar de l'ordre public, celui-ci n'a vocation à rendre impossible l'action administrative que lorsque celle-ci passe par l'usage d'un moyen déterminé, celui du recours à la force publique, afin de mettre fin à des illégalités commises par des particuliers. On se situe alors exactement dans la lignée de la jurisprudence *Couitéas*³⁵, ce que confirme la jurisprudence : la protection de l'ordre public ou la préservation de l'intérêt général ont pu légalement justifier que l'Administration s'abstienne de mettre fin à des occupations irrégulières du domaine public en procédant à des expulsions forcées³⁶. Bien que les exemples de motifs d'intérêt général s'opposant à l'action administrative soient exceptionnels en jurisprudence, on peut à ce stade s'interroger sur la réalité de l'« impuissance » à laquelle ce motif peut conduire. Lorsque le juge administratif considère par exemple que l'Administration n'a pas commis de faute en refusant de mettre fin à l'occupation irrégulière du domaine public par une société de conserverie, laquelle durait depuis plus de vingt ans, en invoquant « tant [...] les inconvénients d'ordre économique que [...] les répercussions d'ordre social qu'aurait pu provoquer une interruption même temporaire du fonctionnement de cette usine »³⁷, peut-on véritablement soutenir que l'Administration « ne pouvait pas » faire respecter la légalité³⁸ ? Ce n'est en effet plus ici l'ordre qui s'oppose à la loi, l'ordre qui s'érige contre l'ordre, mais un intérêt économique et social qui justifie que l'on n'applique pas la loi. Cette solution a pu susciter des inquiétudes quant aux risques que son extension pouvait faire peser sur le principe de légalité³⁹. Mais c'est justement parce que l'appréhension de l'impuissance juridique répond à une méthode d'analyse spécifique qu'elle ne se résume pas à des seules considérations tirées de la protection de l'ordre public au sens strict.

mêmes. Mais l'exécution, *en toutes circonstances*, est aussi un trouble à la paix sociale. Lequel des deux dangers est le plus grave ? » : c'est ainsi la solution la moins négative qui s'impose.

34 La jurisprudence montre à cet égard que l'ordre public est entendu dans le sens traditionnel qui est le sien en matière de police administrative, visant alors la trilogie sécurité, tranquillité, salubrité. Certaines juridictions l'ont étendu à la dignité humaine, mais son admission dans le cadre des refus de concours de la force publique reste controversée.

35 Il n'est pas rare d'ailleurs que la doctrine, lorsqu'elle évoque les limites à l'obligation pour l'administration d'apporter son concours à l'exécution des jugements, fasse référence aux considérations d'ordre public « ou d'intérêt général ».

36 Par ex., CE, Sect., 27 mai 1977, *SA Victor Delforge et Cie et Victor Delforge*, Rec., p. 253 ; CE, 11 mai 1984, *Port autonome de Marseille et autres*, Rec. p. 178 ; CE, 22 juin 1984, *Secrétaire d'État auprès du ministre des transports chargé de la mer c/ Société Sealink U.K. Limited*, Rec., p. 246 ; CE, Sect., 23 déc. 2010, *Ministre d'État, ministre de l'écologie, du développement et de l'aménagement durables*, req. n° 306544, *AJDA* 2011, p. 6.

37 CE, 6 fév. 1981, *Comité de défense des sites de la Forêt-Fouesnant*, req. n° 19333.

38 Il ne s'agit pas, en effet, d'un cas relevant d'une véritable « incapacité de puissance publique [...] à assurer le respect des lois », pour reprendre la définition donnée par le Professeur Picard.

39 M. DAVIGNON, note sous CE, 6 fév. 1981, *Comité de défense des sites de la Forêt-Fouesnant*, *JCP G* 1981, n° 19698.

L'existence de motifs d'intérêt général ou d'ordre public faisant obstacle à l'action de l'Administration dans l'hypothèse où celle-ci est normalement tenue d'agir place en effet l'Administration dans une impasse : tenue d'exécuter deux obligations contradictoires, elle doit, on l'a dit, choisir entre l'une d'elles. Or, en dépit du pouvoir discrétionnaire que semble lui ouvrir une telle situation, l'Administration n'a pas véritablement le choix. Elle se doit de « choisir le moindre mal »⁴⁰. Par conséquent, si le bilan auquel elle doit procéder s'avère moins négatif en cas d'abstention de sa part, elle est tenue de s'abstenir. Elle devra donc refuser de faire respecter les règles de droit dans la mesure où l'exécution de cette obligation est susceptible d'emporter des troubles plus graves pour l'ordre public ou l'intérêt général. Dans le cas contraire, sa responsabilité pour faute pourra être engagée en cas de préjudice. Il ne s'agit donc pas, dans ces hypothèses, de considérer que tout risque de trouble à l'ordre public ou d'atteinte à l'intérêt général s'analyse comme l'ouverture d'un cas d'impuissance juridique : comme le soulignait Marcel Waline, il y a un arbitrage à faire, arbitrage au terme duquel le maintien d'une illégalité peut ne pas être reproché juridiquement à l'Administration⁴¹.

La jurisprudence a donc, on le voit, progressivement porté les germes de l'impuissance publique à faire respecter la loi, impuissance toutefois déduite de l'impossibilité pour l'Administration de respecter dans le même temps deux obligations contradictoires. Elle a fini par la consacrer explicitement en jugeant que lorsque son action n'a pas permis de mettre fin à une situation illégale, elle ne commet pas de faute mais engage, le cas échéant, sa responsabilité pour rupture d'égalité devant les charges publiques.

2. *L'impuissance matérielle ou l'achèvement de la consécration*

Le rattachement de la notion de tolérance administrative à l'idée d'un véritable choix est apparu pour la première fois dans l'arrêt *Ministre de l'Économie et des Finances et Ville de Bordeaux c/ Sieur Sastre*⁴² rendu par l'Assemblée du Conseil d'État. Ce critère n'apparaît toutefois ni directement ni explicitement : c'est une lecture combinée et *a contrario* des faits de l'affaire et de la solution posée par la Haute juridiction qui autorise, nous semble-t-il, cette analyse. Il faut, pour bien le comprendre, revenir en détail sur ces éléments.

Les faits de l'affaire. Dans le cadre de la législation relative aux marchés d'intérêt national⁴³, le marché-gare de Bordeaux-Brienne avait été classé marché d'intérêt national par un décret du 7 novembre 1962, lequel fixait en outre les limites d'un double périmètre de protection autour de ce marché : l'un négatif, dans lequel étaient désormais interdits la création, l'extension ou le déplacement des commerces de gros, l'autre positif dans lequel ces derniers étaient tout simplement interdits. Les grossistes qui exerçaient jusque-là leur commerce dans ce dernier périmètre étaient donc contraints soit de cesser leur activité, soit de s'installer hors du périmètre de protection. Il en allait ainsi de

40 G. JÈZE, note sous CE, 30 nov. 1923, *Couitéas*, RDP 1924, p. 209.

41 L'engagement de la responsabilité de l'administration étant fondée sur le fait que, selon la formule consacrée, « le préjudice qui peut résulter de ce refus [...] ne saurait être regardé comme une charge incombant normalement » aux intéressés.

42 CE, Ass., 7 mai 1971, *Ministre de l'Économie et des Finances et Ville de Bordeaux c/ Sieur Sastre*, Rec., p. 341.

43 Il s'agit principalement du décret n° 53-959 du 30 septembre 1953.

ceux qui s'étaient installés sur le marché des Capucins, compris dans le périmètre positif. Pourtant, en dépit de l'interdiction posée, ils continuèrent leur commerce de gros. L'Administration fit alors dresser 500 procès-verbaux à l'encontre de 71 commerçants récalcitrants, mais ceux-ci furent relaxés par la Chambre criminelle de la Cour de cassation au motif que le décret du 7 novembre 1962 était illégal. Le Conseil d'État, saisi d'un recours pour excès de pouvoir contre ce décret, retint cependant la solution inverse⁴⁴. Face à cette divergence jurisprudentielle et à l'inutilité d'effectuer de nouvelles poursuites pénales sur le fondement du décret, le Préfet ne se résigna pas, et fit modifier l'heure d'ouverture du marché de façon à y empêcher les ventes en gros⁴⁵. Face au non-respect de cet arrêté, 3 000 procès-verbaux furent dressés, mais les contrevenants furent de nouveau relaxés. L'Administration finit par édicter, le 23 novembre 1970, un nouveau décret modifiant le périmètre de protection positive de Brienne de sorte que le marché des Capucins en soit exclu.

La solution posée. L'inapplication de l'arrêté pendant sept ans n'avait toutefois pas fait que des heureux : les grossistes qui, respectueux de la loi, s'étaient installés à Brienne, s'estimaient lésés par la concurrence irrégulière des commerçants qui ne s'étaient pas conformés au décret, et dont ils rendaient responsable l'Administration qui n'avait pas fait respecter la réglementation. L'un d'eux, le sieur Sastre, demanda donc réparation de son préjudice aux juridictions administratives. L'engagement de la responsabilité administrative était alors, en vertu de la jurisprudence, conditionné par l'existence d'une faute. Or, cette dernière dépendait en réalité des moyens dont avait disposé l'Administration pour faire respecter la réglementation. À cet égard, et contrairement à ce qu'a jugé le tribunal administratif le 1^{er} décembre 1967⁴⁶, le Conseil d'État a considéré que l'exécution d'office était, sauf urgence, impossible en l'espèce en raison de l'existence de sanctions pénales, et que l'Administration n'était pas tenue d'exercer de nouvelles poursuites après que la légalité du décret ait été affirmée par le Conseil d'État. Il a donc jugé que l'Administration n'avait pas commis de faute⁴⁷. Mais il a reconnu que sa responsabilité pouvait être engagée si le préjudice subi revêtait un caractère grave et spécial. En estimant ainsi que l'Administration n'avait pas commis de faute, le juge administratif a implicitement reconnu non pas qu'elle n'avait pas *su* mais qu'elle n'avait pas *pu* faire respecter la réglementation. En effet, l'incertitude juridique provoquée par les divergences de jurisprudence avait en l'espèce complètement paralysé l'action de l'Administration. D'un côté, le préfet ne pouvait recourir à l'exécution d'office sans risquer la condamnation de l'État pour voie de fait. De l'autre, quand bien même il pouvait exercer de nouvelles poursuites pénales une fois la légalité du décret confirmée par le Conseil d'État, il est évident que celles-ci auraient été vaines, compte tenu de la position de la Cour de cassation. Quant au maire, s'il pouvait procéder au retrait des autorisations portant concessions de place accordées aux commerçants en infraction, il n'est pas certain que son action eût permis de mettre un terme au problème. Bien évidemment, ces arguments ne sauraient, à eux seuls, suffire pour démontrer l'impuissance de l'administration. Mais cette dernière prend tout son sens avec la modification – vaine, mais malicieuse – de l'heure d'ouverture du marché par le préfet

44 CE, Sect., 4 déc. 1964, *Syndicat général du commerce en fruits et légumes du marché des Capucins*, Rec., p. 613 ; RDP 1965, p. 272, note WALINE.

45 L'heure d'ouverture du marché fut fixée à 7 heures du matin, heure à laquelle les opérations de vente sont quasiment terminées

46 CE, Sect., 4 déc., 1964, *Syndicat général du commerce en fruits et légumes du marché des Capucins*, Rec. p. 613.

47 La Haute Assemblée juge en effet que « l'examen des circonstances de l'affaire ne révèle pas [...] de carence systématique constitutive de fautes ».

afin de contraindre indirectement les commerçants à respecter la réglementation. En effet, au regard de l'ensemble de ces considérations, il est évident que l'Administration n'a pas accepté l'illégalité, elle s'y est résignée, après de nombreux efforts demeurés vains. Et une lecture *a contrario* de cet arrêt permet de révéler la distinction entre impuissance et tolérance : si l'impuissance conduit à engager la responsabilité sans faute de l'administration⁴⁸, cela signifie qu'en cas de faute de sa part, ce n'est pas d'impuissance dont il s'agit. La qualification de faute conduit à reconnaître que l'Administration n'a pas démontré son impossibilité de faire respecter la loi, et qu'elle a donc choisi l'illégalité. Autrement dit, qu'elle a *toléré* la violation de la règle. On peut en trouver un autre exemple au travers des faits ayant donné lieu à l'arrêt *Commission c/ République française* de la Cour de justice du 9 décembre 1997⁴⁹, dans lequel la France a été condamnée pour manquement pour ne pas avoir assuré sur son territoire le respect de la libre circulation des marchandises. Cette dernière avait été entravée par des mouvements de protestation de la part des agriculteurs français qui voulaient empêcher l'importation de fraises espagnoles. Répétés ponctuellement pendant plus de dix années, ces mouvements s'étaient concrétisés par la destruction de marchandises en provenance d'autres États membres et par une campagne d'intimidation lancée à l'encontre des grandes surfaces qui n'accordaient pas la préférence aux produits français. Pour échapper à la condamnation par la Cour, le gouvernement français soutenait avoir mis en œuvre « tous les moyens nécessaires et adéquats » pour garantir la libre circulation des fruits et légumes⁵⁰. Cela revenait donc à dire qu'il n'avait pas pu empêcher la répétition des infractions. Or, et bien que la nature objective du recours en manquement exclue de prendre en compte l'éventuelle volonté de l'Administration de ne pas sanctionner une illégalité⁵¹, l'argumentation du gouvernement français était en tout état de cause peu crédible au regard de la conjonction de la faiblesse des mesures prises et de la répétition des actions sur une période de plus de dix années.

Même si la solution posée par la jurisprudence *Sieur Sastre* n'a eu qu'une postérité jurisprudentielle limitée, elle offre donc une nouvelle clé de lecture s'agissant des abstentions ou insuffisances d'action de l'Administration face au non-respect des règles de droit. Elle permet de déduire que, juridiquement, la tolérance administrative est une inapplication condamnable du droit, parce qu'elle manifeste la volonté de l'Administration de ne pas faire respecter les règles de droit. Une telle analyse souffre néanmoins la discussion au regard de la dimension éminemment subjective que suppose l'idée de volonté. Son identification doit ainsi être adaptée aux caractéristiques du droit administratif français.

48 V. en ce sens D. LOSCHAK, « Un nouveau cas de responsabilité sans faute : l'impuissance de l'administration à faire respecter ses propres décisions », *JCP G* 1972, n° 2446.

49 CJCE, 9 déc. 1997, *Commission c/ République française*, aff. C. 165/95, *Rec.*, CJCE, I, 6959.

50 *Ibidem*.

51 Dans le cadre du recours en manquement d'État, régi par les articles 258 à 260 du TFUE, la Cour de justice de l'Union européenne énonce expressément qu'il « ressort de la jurisprudence de la Cour que la procédure en manquement repose sur une constatation objective du non-respect par un État membre des obligations que lui impose le Droit de l'Union » : CJCE, 1^{er} mars 1983, *Commission c/ Belgique*, aff. 301/81, § 8, *Rec.*, CJCE, p. 467. Cette formulation est reprise de manière quasi-systématique par la Cour. V. par exemple CJUE, 6 mai 2010, *Commission c/ Pologne*, aff. C-311/09, *Rec.* p. I-00055, § 18.

B. L'identification de la volonté

Si la volonté a fait l'objet de nombreux travaux de la part de la doctrine administrativiste, c'est principalement au travers des actes administratifs, qu'il s'agisse de l'acte unilatéral ou du contrat, qu'elle a été envisagée en la matière. Or, la tolérance administrative a pour spécificité, et quoiqu'aient pu en dire certains auteurs, de ne pas consister en un acte⁵² : son essence même repose sur l'idée d'une abstention de l'Administration, plus ou moins longue, plus ou moins prononcée, face à des comportements irréguliers. Si elle peut se manifester au travers de différents actes, comme des refus exprès ou tacites d'agir ou encore par des lettres internes de service, elle existe indépendamment d'eux. Elle consiste dans le fait, pour l'Administration, de « ne pas » utiliser les moyens dont elle dispose pour sanctionner ou mettre fin à des situations illégales. À ce stade, et bien que les faits de l'affaire *Sastre* aient pu fournir un premier élément de réponse, la question se pose de savoir comment une telle volonté peut être identifiée alors que, par définition, l'Administration ne s'est pas exprimée, voire qu'elle a donné l'impression, par une action partielle, de n'avoir justement pas voulu s'accommoder de situations contraires à la légalité ? Plus largement, comment admettre la résurgence, au sein d'une responsabilité administrative fondée sur des conditions objectives, d'une notion éminemment subjective ?

La solution se trouve, comme souvent en droit administratif, dans une objectivation de cette notion : la volonté de l'Administration est appréhendée au travers d'un critère qui permet d'éviter de « sonder les cœurs et les reins » de ceux qui sont chargés de faire respecter la loi.

Mais parce qu'il conduit nécessairement à une appréciation des faits de chaque espèce, il demeure source de difficultés et conduit parfois à une interprétation délicate, de sorte que si l'on peut nettement affirmer que l'impuissance exclut l'idée de volonté, on peut discuter l'idée inverse selon laquelle l'idée de volonté conditionne nécessairement la tolérance.

1. Une objectivation nécessaire

Lorsque l'Administration est confrontée à des illégalités commises par des administrés, plusieurs conditions sont nécessaires à l'identification de sa volonté de ne pas y mettre fin. Sans pouvoir s'attarder sur ce point, il faut noter en effet que la distinction entre tolérance et impuissance à faire respecter la réglementation ne peut avoir de sens que là où l'Administration a conscience de l'existence de situations illégales et là où elle détient, *a priori*, les moyens d'y mettre fin. La conscience de l'Administration suppose qu'elle ait à la fois connaissance des illégalités commises et qu'elle ait ce que l'on appelle « l'intelligence de la situation », c'est-à-dire qu'elle ne commette aucune erreur quant à l'interprétation du droit applicable ou quant à sa qualification juridique. Si l'Administration se trompe par exemple en considérant que la situation était légale, on ne peut considérer qu'elle refuse délibérément de la sanctionner (il n'y a pas, selon elle, lieu à sanction). Il ne s'agit de rien

⁵² L. TALLINEAU, reprenant une distinction déjà présente chez les pénalistes, évoque à ce sujet le cas de « tolérances expresses », qui visent des actes par lesquels l'Administration manifeste son intention de ne pas poursuivre ou sanctionner certaines infractions.

d'autre qu'une erreur de droit, laquelle n'exclut au demeurant en rien l'engagement de sa responsabilité pour faute. Quant aux moyens détenus par l'Administration, si leur insuffisance peut avoir une influence sur l'appréciation de son comportement en matière de responsabilité administrative⁵³, leur présence permet aussi de déterminer quelles sont les autorités qui sont à même de tolérer des illégalités, dans la mesure où elles sont chargées par les textes d'assurer le respect des règles de droit. Ces conditions, si elles sont nécessaires à l'identification d'une réelle volonté, ne sont toutefois pas suffisantes, le maintien de certaines illégalités pouvant être aussi, on l'a vu, le résultat d'une impuissance publique. Il faut alors pouvoir identifier, au sein des différentes abstentions de l'Administration, celles qui sont le fruit d'une telle volonté. Le raisonnement sur lequel repose cette identification est négatif : la volonté de l'Administration se déduit davantage de l'absence d'impuissance, c'est-à-dire que les faits doivent démontrer que l'Administration ne pouvait pas, sur le plan juridique ou matériel, faire cesser l'illégalité. Il y aura volonté et donc tolérance chaque fois que le maintien d'une situation illégale ne pourra s'expliquer par une action « impossible » de l'Administration ou par une réelle inefficacité de ses effets. La volonté est donc appréhendée, dans ces deux hypothèses, d'un point de vue objectif.

S'agissant de l'action « impossible », si l'Administration s'abstient par exemple d'apporter son concours à l'exécution de décisions de justice ou de procéder à l'expulsion d'occupants sans titre du domaine public en invoquant les risques de troubles à l'ordre public ou des atteintes excessives à l'intérêt général, tout dépendra de la réalité de ces arguments. S'ils sont avérés, si une action de l'Administration est susceptible d'emporter des troubles plus graves que l'inexécution ou l'occupation temporaires, fussent-elles irrégulières, on ne pourra dire que l'Administration ne veut pas remplir son obligation : elle ne le peut tout simplement pas, au risque de commettre une faute. En revanche, si ces risques de troubles ou d'atteintes étaient inexistantes ou insuffisants, l'abstention de l'Administration doit être analysée comme une volonté de ne pas faire respecter la légalité, puisque son action était non seulement possible mais obligatoire, même si ce raisonnement binaire peut être discuté⁵⁴. Dans ces hypothèses, comme on l'a précédemment vu, la question est de savoir, au regard des circonstances, si l'impuissance juridique contenue dans l'opposition potentielle entre deux normes contradictoires se réalise concrètement.

Lorsqu'en revanche, le comportement de l'Administration n'est pas commandé par un arbitrage entre deux impératifs juridiques aux solutions antagonistes, l'identification de la volonté suppose, au risque de céder la place à un certain anthropomorphisme incompatible avec les caractéristiques générales du droit administratif, de la dénuer de toute part de subjectivité. Il faut en effet raisonner en termes de volonté « objective », c'est-à-dire telle qu'elle s'est manifestée extérieurement aux tiers, ce que Jean-Jacques Bienvenu appelle « la volonté déclarée »⁵⁵. Cette volonté, bien qu'elle ne soit jamais

53 P.-E. DE CRAY, « L'insuffisance de moyens en droit de la responsabilité administrative », *DA* 2014, n° 5, étude n° 19.

54 Sur cette question, v. *infra*.

55 J.-J. BIENVENU, « De la volonté interne à la volonté déclarée : un moment de la doctrine française », in *La volonté, Droits*, 1999, n° 28, p. 3. C'est dans cette seconde acception qu'il faut d'ailleurs comprendre la qualification de l'acte administratif unilatéral par la doctrine comme une manifestation de volonté. V. également, M. HAURIOU et G. DE BÉZIN, « La déclaration de volonté dans le droit administratif français », *RTD civ.* 1903, p. 543.

directement mentionnée dans les arrêts relatifs au non-respect des règles de droit par les administrés, est un des éléments permettant d'apprécier le caractère fautif de l'abstention administrative. Le juge administratif établit un rapport entre les moyens qui ont été utilisés par l'Administration et ceux dont elle disposait au regard de l'illégalité commise : si, en résumant les choses, il s'avère au terme de ce rapport que l'Administration aurait pu faire plus, sans que ne soit pour autant garantie l'issue de son action, c'est qu'elle n'a pas suffisamment démontré sa volonté de ne pas s'accommoder de situations illégales. Pouvant faire plus et ne l'ayant pas fait, elle s'est donc volontairement abstenue d'utiliser les moyens dont elle disposait pour mettre fin aux illégalités dont elle avait connaissance. Mais le juge ne raisonne pas ici en termes seulement quantitatifs : il ne s'agit pas en effet de vérifier si l'Administration a utilisé *tous* les moyens à sa disposition. Le critère posé est celui de la proportionnalité entre les moyens utilisés et l'objectif poursuivi, à savoir le rétablissement de la légalité : il s'agit en quelque sorte d'établir une balance dont le déséquilibre permettra de révéler les intentions réelles de l'autorité dont l'action n'aura pas permis de mettre fin à des situations illégales. La mise en œuvre de ce critère peut aboutir à deux conclusions opposées : soit les moyens utilisés étaient adaptés, proportionnés à l'objectif poursuivi, et le maintien de ces illégalités est alors le reflet de son impuissance ; soit les moyens utilisés n'étaient pas adaptés, proportionnés à l'objectif poursuivi, et il faut alors considérer que l'Administration n'a pas véritablement voulu faire respecter la légalité.

L'adéquation ou la proportionnalité se mesure en tenant compte, d'une part, de la nature et du nombre de moyens utilisés au regard de ceux dont disposait l'autorité et, d'autre part, de la nature de l'illégalité commise par l'administré. Le constat de l'inadéquation ou de la disproportion – l'identification d'une tolérance – est donc toujours une question d'espèce. Il peut être relativement manifeste lorsque, par exemple, l'Administration se contente d'adresser des mises en demeure à un administré récalcitrant alors qu'elle dispose de moyens plus efficaces, tels que la possibilité de saisir le juge judiciaire pour faire constater une infraction pénale ou de prendre directement une sanction administrative à l'encontre du contrevenant. Mais il nécessite aussi parfois une analyse relativement pointilleuse des faits. L'arrêt *Ville de Paris c/ Marabout* du Conseil d'État de 1972 en constitue un exemple éloquent⁵⁶. La Haute juridiction administrative était amenée, dans cette affaire, à se prononcer sur la responsabilité de la ville de Paris quant à la persistance du stationnement illégal sur une voie privée appartenant au Sieur Marabout et qui avait été ouverte à la circulation. Celui-ci avait, à plusieurs reprises et pendant plusieurs années, alerté les services de police de la ville du non-respect de l'interdiction de stationnement. Or, face à ses nombreuses réclamations, l'Administration s'était contentée d'ajouter un panneau de signalisation dans le hameau et de dresser quelques contraventions, ce qui n'a bien évidemment pas permis de limiter la réitération des infractions, et plus largement de mettre fin à cette situation illégale. Bien que les analyses de la doctrine divergent sur ce point⁵⁷, il est clair, dans une telle situation, que l'Administration n'a pas véritablement voulu faire cesser les infractions aux règles de stationnement, dans la mesure où son action était de toute évidence largement insuf-

56 CE, Ass., 20 oct. 1972, *Ville de Paris c/ Marabout*, *Rec.*, p. 664 ; *AJDA* 1972, p. 681, chron. CABANES ET LÉGER et p. 685, concl. GUILLAUME ; *Gaz. Pal.* 1973, 1, p. 265, ROUBEAUX ; *JCP G* 1973, n° 17373, note ODENT ; *RDP* 1973, p. 832, note WALINE.

57 V., sur ce point, les notes des différents commentateurs sous l'arrêt *Ville de Paris c/ Marabout*, préc.

fisante pour dissuader les contrevenants. Elle disposait en effet d'autres moyens sans doute plus efficaces, ou, à tout le moins, beaucoup plus dissuasifs que les quelques contraventions dressées, dont le montant était en outre relativement faible⁵⁸. Il ressort donc des circonstances de l'espèce une disproportion, une inadéquation entre les moyens utilisés – quelques contraventions – et l'objectif poursuivi, qui est de mettre fin au stationnement illégal sur la voie concernée. En clair, il y avait bien tolérance administrative à l'égard des automobilistes peu respectueux de la réglementation.

Ce critère de la volonté comme élément de définition et de condamnation de la tolérance, s'il est séduisant, n'est cependant pas incontestable, tant en ce qui concerne sa pertinence que les difficultés que son identification soulève.

2. *Des difficultés persistantes*

Les avantages que comporte le critère de la volonté comme élément de définition de la tolérance administrative, qui tiennent pour l'essentiel à une meilleure compréhension du contentieux relatif à l'obligation d'assurer le respect des règles de droit et à une autonomisation de la tolérance par rapport à d'autres notions⁵⁹, n'éclipsent pas les inconvénients que sa présence et son identification soulèvent. Les difficultés résultent finalement de l'opposition binaire entre tolérance et impuissance, à laquelle on peut reprocher d'être caricaturale et de ne pas toujours correspondre, par conséquent, à la réalité⁶⁰. Cette opposition binaire est en effet le fruit d'une interprétation constructive dont le point de départ se situe dans une définition non juridique de la tolérance. Or, tant sur le plan théorique que pratique, une telle analyse est source de difficultés.

Sur le plan théorique, d'abord, l'opposition entre volonté et impuissance est contestable. Outre le fait que la volonté soit une notion subjective dont l'utilisation peut paraître un détour à la fois critiquable et inutile pour qualifier les situations de tolérance⁶¹, son existence dans les hypothèses de compétence liée a pu être remise en cause par la doctrine du début du xx^e siècle. En effet, lorsque l'Administration est tenue d'agir dans un sens déterminé, la possibilité même d'une volonté est discutable, puisque le comportement auquel elle est tenue relève plus d'une application logique des règles. Par conséquent, il n'est pas utile de réintroduire l'idée d'une volonté lorsqu'elle n'adopte pas ledit comportement. Or, c'est bien à cette situation que renvoient les hypothèses que nous avons qualifiées d'impuissance juridique : à partir du moment où l'Administration est tenue soit de prêter main-forte à l'exécution d'une décision de justice ou à l'expulsion d'occupants sans titre du domaine

58 Les agents de police pouvaient notamment imposer aux propriétaires des véhicules en infraction des démarches beaucoup plus contraignantes, soit en apposant sur lesdits véhicules un dispositif permettant de les immobiliser, appelé en France le « sabot de Denver », obligeant les propriétaires à se rendre au commissariat pour obtenir la libération de leur véhicule, soit en les faisant mettre en fourrière, ce qui « oblige à des démarches encore beaucoup plus longues et coûteuses pour récupérer la voiture » (v. en ce sens M. WALINE, note sous CE, Ass., 20 oct. 1972, *Ville de Paris c/ Marabout*, RDP 1973, p. 838). Or, à une seule exception, aucun de ces moyens n'a été utilisé.

59 La volonté ne permet pas seulement, en effet de distinguer la tolérance de l'impuissance. Elle permet aussi de différencier la tolérance de la négligence, l'inertie, l'inaction et la carence.

60 C'est le problème bien connu des catégories juridiques, dont la pertinence repose sur la capacité à embrasser de façon cohérente l'infinie diversité des faits.

61 Le juge ne raisonne, en effet, qu'en termes d'illégalité et de faute. En outre, parce que la volonté s'appréhende, on l'a vu, d'un point de vue objectif par le biais d'un critère de proportionnalité, on pourrait se contenter de résumer la tolérance à une violation illégale et fautive par l'Administration de son obligation d'assurer le respect des règles de droit.

public, soit de s'abstenir afin de ne pas exacerber les troubles à l'ordre public ou de préserver l'intérêt général, on ne saurait réintroduire l'idée d'une quelconque volonté, puisque l'Administration n'a justement pas le choix. Autrement dit, si le terme d'impuissance est une image pertinente pour refléter l'impossibilité de respecter dans le même temps ces deux obligations, on peut contester le raisonnement automatique inverse consistant à dire que dès lors que cette impossibilité n'existe pas, il y a forcément volonté de la part de l'Administration⁶². En tout état de cause en effet, l'Administration est tenue d'accorder le concours de la force publique, c'est-à-dire qu'elle est en situation de compétence liée.

Pour autant, compétence liée et volonté ne nous semblent pas exclusives l'une de l'autre. Si la compétence « absolument liée » peut avoir aujourd'hui des conséquences sur l'issue juridique du recours contre un acte, elle ne conduit plus à rendre irrecevable ledit recours au motif que l'acte n'est l'expression d'aucune volonté. Plus encore, à partir du moment où l'Administration est juridiquement tenue d'agir dans un sens déterminé et qu'elle continue de s'abstenir consciemment au-delà du délai raisonnable dont elle disposait, n'est-ce pas au contraire la preuve éclatante qu'elle *ne veut pas* agir ? Que l'on prétende ou préfère raisonner en droit administratif en termes de légalité ne change pas les similitudes de cette situation avec celle d'un enfant qui ne respecte pas le couvre-feu imposé par ses parents : à partir du moment où aucune circonstance extérieure et/ou matérielle ne peut venir justifier son retard, c'est que l'enfant n'a pas voulu respecter l'injonction parentale. Utiliser la volonté comme critère de définition de la tolérance ne signifie pas ici qu'il s'agit de l'analyser ici comme une « énergie créatrice » en s'interrogeant, à l'instar de Lucile Tallineau, sur sa valeur juridique. Il s'agit simplement de montrer que la faute, en matière de non-respect des règles de droit par les administrés, est intrinsèquement liée à un véritable choix de l'Administration de ne pas user – on pourrait ajouter « correctement » – des moyens qui sont les siens. Et cette analyse se retrouve s'agissant de la tolérance telle qu'elle est appréhendée en droit privé. Finalement, l'étude de la notion de tolérance administrative permet, nous semble-t-il, de renouveler les analyses de la doctrine administrativiste sur le rôle joué par la volonté, en dehors des cadres classiques que sont l'acte administratif unilatéral⁶³ et le contrat⁶⁴. Elle démontre en effet que, bien qu'éclipsée par la référence exclusive et traditionnelle à la faute, la volonté n'est pas absente en matière de responsabilité, et y apparaît en réalité de manière subreptice. La jurisprudence actuelle en matière d'inaction des autorités de police administrative confirme d'ailleurs cette analyse : « ce qui est condamné est moins la situation d'absence en elle-même que le fait que l'administration pouvait ou ne pouvait pas agir, donc voulait ou ne voulait pas agir »⁶⁵.

62 Et ce d'autant plus qu'elle peut avoir commis une erreur quant à l'appréciation de la gravité des troubles, et n'avoir pas agi en pensant qu'elle devait s'abstenir, de sorte qu'elle n'a pas « l'intelligence de la situation ».

63 V. par exemple, P. PY, *Le rôle de la volonté dans les actes administratifs unilatéraux*, LGDJ, t. 124, 1976 ; J. WALINE, « Le rôle de la volonté dans la théorie de l'acte administratif unilatéral dans le droit civil des contrats », in *Mélanges à la mémoire du professeur Alfred Rieg*, Bruylant, 2000, p. 869.

64 V., S. NICINSKI, « Le dogme de l'autonomie de la volonté dans les contrats administratifs », in *Mélanges en l'honneur du professeur Michel Guibal*, Presses de la Faculté de Montpellier, 2006, p. 45 ; B. PLESSIX, « Autonomie de la volonté et droit des contrats. Archéologie d'un silence », *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, vol. 4, 2012, p. 183 ; V. également A.-L. GIRARD, *La formation historique de la théorie de l'acte administratif unilatéral*, Dalloz, NBT, 2013.

65 D. FALLON, « Police administrative et libertés fondamentales : quand l'administration peut rester passive », *AJDA* 2018, p. 754. L'auteur poursuit en disant que « l'obligation est ainsi dite « subjective », en tant que sa caractérisation s'appuie sur la volonté du sujet, en l'occurrence de l'administration ».

C'est alors sur le plan pratique que la distinction entre tolérance et impuissance peut être véritablement source de difficultés, sauf lorsque l'Administration se sera abstenue totalement. Dans cette hypothèse en effet, sa volonté sera déduite de la conscience qu'elle avait de l'existence de situations illégales et de l'écoulement d'un temps suffisant qui permettra d'interpréter son inertie comme une réelle volonté de ne pas agir, c'est-à-dire concrètement à l'expiration d'un délai raisonnable. En revanche, la situation est plus délicate lorsqu'elle n'est pas restée totalement inerte, en mettant en demeure par exemple les intéressés de mettre fin à leur comportement illégal ou même encore en dressant des contraventions. Dans ce cadre, il faut en effet prendre la mesure de son action pour déterminer son intention réelle. Comme on l'a expliqué, il faudra que son action paraisse proportionnée par rapport à l'illégalité commise et à ce qu'il lui était possible de faire pour que le maintien éventuel d'une situation illégale ne lui soit pas imputable. Or, l'appréciation de cette proportionnalité implique également de prendre en compte les éventuelles difficultés rencontrées par l'Administration dans la mise en œuvre de ses moyens. L'insuffisance de son action peut en effet résulter de circonstances extérieures indépendantes de sa volonté et sur lesquelles elle n'a aucune prise. Ces difficultés peuvent être d'ordre juridique ou matériel. Il peut arriver – c'était le cas dans l'affaire *Sastre* – qu'une incertitude pèse sur la légalité du texte que l'Administration est chargée de faire respecter, en raison par exemple d'une divergence de jurisprudence entre le juge administratif et le juge pénal. Une telle incertitude peut venir justifier l'action partielle voire l'inaction totale de l'Administration. Mais ce sont surtout les difficultés matérielles posées par l'insuffisance de moyens à disposition de l'Administration qui sont à même d'expliquer parfois l'insuffisance des mesures effectivement prises, de sorte que l'on peut alors s'interroger sur l'existence d'une volonté. C'est l'hypothèse visée par Étienne Picard de l'impuissance publique quant aux moyens, régulièrement invoquée au demeurant par l'Administration pour tenter d'échapper à une condamnation. Cela avait été le cas dans l'affaire *Marabout* précitée⁶⁶, et dans la célèbre « guerre des fraises ». Cette insuffisance de moyens peut conduire à ne pas considérer l'insuffisance d'action comme fautive, à condition toutefois que l'Administration ait fait toutes diligences⁶⁷. Autrement dit, l'Administration doit avoir démontré sa réelle impuissance. Mais l'appréciation portée sur cet argument peut être source de divergences d'interprétation. Les commentaires doctrinaux parus sur l'affaire *Sastre* ou l'affaire *Marabout* l'illustrent avec vivacité⁶⁸.

Si l'identification d'une volonté n'est donc pas toujours évidente, ce qui explique au demeurant la difficulté qu'il peut y avoir à identifier clairement une tolérance administrative, il n'en reste pas moins qu'elle est le critère permettant d'affirmer que, juridiquement, la tolérance est une inapplication condamnable du droit. Que le lecteur convaincu de cette démonstration ne s'y trompe pourtant pas : en pratique, seul un nombre limité de tolérances est sanctionné par le juge.

66 CE, Ass., 20 oct. 1972, *Ville de Paris c/ Marabout*, préc. Les difficultés invoquées tenaient « à la longueur des voies publiques ou privées ouvertes à la circulation publique dans Paris, à l'indiscipline particulièrement accentuée des propriétaires et conducteurs de voitures dans l'agglomération parisienne et à l'insuffisance des effectifs des gardiens de la paix, voire des contractuels, pouvant être affectés au contrôle du respect des règles sur le stationnement » (c'est nous qui soulignons).

67 Sur ce point, v. P.-E. CRAY, art. préc.

68 Ainsi à propos de la première affaire, D. LOSCHAK (*JCP G* 1972, n° 2446) a notamment fortement critiqué le raisonnement de la Haute Assemblée en considérant qu'il n'y avait pas véritablement impuissance, et que la responsabilité de l'Administration aurait dû être engagée pour faute. S'agissant de la seconde affaire, B. ODENT (*JCP* 1973, n° 17373) a considéré que l'insuffisance des effectifs de police pour assurer le respect de la réglementation pouvait s'analyser comme un cas de force majeure.

II. La réalité de la condamnation : la difficulté de sanctionner la tolérance

Parce qu'elle repose sur une abstention condamnable de l'Administration face au non-respect des règles de droit, la tolérance administrative est une pratique qui a par définition vocation à rester dans l'ombre, et qu'il est donc difficile d'étudier et de quantifier à partir d'une observation du contentieux. Il est à cet égard impossible de déterminer l'ampleur de ce phénomène et, par voie de conséquence, la proportion de tolérances effectivement condamnées par le juge⁶⁹. Mais si le prisme contentieux est inévitablement réducteur, il n'en est pas moins révélateur des différents obstacles qui peuvent s'opposer à la sanction juridictionnelle de la tolérance. Celui qui analyse la jurisprudence relative aux abstentions de l'Administration face à la violation de règles de droit par les administrés est en effet confronté à un double constat : celui d'un nombre relativement faible de décisions ; celui d'un nombre réduit de condamnations. La tolérance y apparaît alors comme difficilement condamnable ou sanctionnable parce que, d'une part, elle n'est portée à l'appréciation du juge que dans un nombre limité de cas (A) et, d'autre part, parce que même lorsque c'est le cas, sa condamnation par le juge est loin d'être toujours possible ou systématique (B).

A. L'accès limité de la tolérance au prétoire du juge administratif

La condamnation de la tolérance par le juge suppose évidemment qu'il soit saisi pour sanctionner l'abstention de l'administration face au non-respect des règles de droit par certains administrés. Or, il va de soi que ce ne sont évidemment pas « les heureux bénéficiaires des bienveillances administratives qui se plaindront en justice d'un traitement qui, pour être illégal, n'en est pas moins apprécié »⁷⁰. L'intervention du juge est donc subordonnée à une action de ceux qui ne bénéficient pas d'une telle mansuétude et qui s'estiment lésés par ce qu'ils peuvent considérer non seulement comme une violation du principe de légalité, mais aussi comme une rupture d'égalité. De ce point de vue, il y a très certainement deux catégories de tiers à la tolérance. La première est constituée de ceux auxquels la tolérance porte préjudice – les illégalités tolérées pouvant par exemple gêner l'exercice de leur activité économique ou tout simplement rendre plus avantageuse celle des bénéficiaires de la mansuétude administrative, ou plus largement porter atteinte à leurs droits –, et qui auront donc intérêt à en demander la cessation et/ou la réparation des préjudices. La deuxième est constituée par ceux qui n'ont pas bénéficié d'un tel traitement de faveur et dont le comportement illégal a été sanctionné, alors que d'autres administrés ont pu enfreindre les mêmes règles en toute impunité. Cette deuxième hypothèse ne sera pas étudiée ici, car il ne s'agit plus pour le tiers de faire condamner la tolérance mais bien au contraire de la faire en quelque sorte « valider » par le juge⁷¹.

69 V. en ce sens L. TALLINEAU, art. préc., p. 36, qui souligne « les limites du contentieux en tant qu'élément de connaissance de la vie administrative ».

70 M. COZIAN, « L'inégalité devant l'impôt par le fait de l'Administration », *D.* 1975, chron. 17, p. 101. Notons également qu'il n'est pas impossible que les bénéficiaires de la tolérance administrative n'aient pas conscience du caractère illégal de la situation dans laquelle ils se trouvent.

71 L'argument tiré de la violation du principe d'égalité est toutefois inopérant dans le cadre d'un recours dirigé contre une sanction : égalité devant la loi ne signifie pas, en effet, égalité devant l'inapplication de la loi.

Partant de ce postulat, le constat du faible nombre de décisions juridictionnelles en matière de non-respect des règles de droit est alors source d'interrogations : faut-il en déduire que la tolérance administrative est théoriquement plus inquiétante qu'elle ne l'est en pratique, tant en ce qui concerne son ampleur que ses effets ? La conclusion, sans qu'elle ne soit exclue totalement, serait évidemment bien trop hâtive pour refléter la réalité. Plusieurs considérations sont en effet susceptibles d'expliquer un tel constat, au premier rang desquelles figurent des obstacles inhérents à la tolérance elle-même. Sans doute ne faut-il pas négliger non plus ceux qui, sans que l'on puisse totalement en mesurer la portée, sont liés à l'exercice d'une action en justice.

1. *Les obstacles inhérents à la tolérance*

L'unité dans la définition de la tolérance ne saurait masquer la grande diversité de cette catégorie. À cet égard, toutes les tolérances ne sont évidemment pas amenées à accéder au prétoire du juge, pour la raison très simple qu'elles peuvent ne « froisser » les intérêts de personne. Il en va ainsi, en tout cas tant qu'elles subsistent⁷², des tolérances générales par lesquelles l'Administration s'abstient de faire respecter les règles de droit envers tous les administrés. L'argument peut évidemment être relativisé lorsque les règles inappliquées ne concernent qu'une catégorie d'administrés, ce qui est l'hypothèse la plus courante, dans la mesure où d'autres catégories pourront avoir un intérêt au respect de cette règle. Pour reprendre l'exemple trivial donné par G. Teboul⁷³, les automobilistes qui violent régulièrement une disposition du code de la route sans que l'Administration ne réagisse alors qu'elle est parfaitement informée de la situation sont tous traités de façon identique. Il y a bien tolérance générale, mais il n'en demeure pas moins qu'elle n'est pas insusceptible d'être contestée par ceux qui ne sont justement pas automobilistes ou qui, plus largement, considèrent que l'infraction commise est dangereuse et que l'Administration doit y mettre fin. Toujours est-il que les exemples de telles tolérances générales sont rares et que c'est le plus souvent à l'égard d'administrés identifiés qu'elles s'appliquent. Cela ne suffit pour autant pas à ce qu'elles acquièrent audience auprès du juge. Pour que les tiers agissent, il faut que la situation illégale qui est tolérée trouble leurs conditions d'existence : il faut donc soit qu'elle persiste – pour que ceux-ci aient intérêt à demander sa cessation –, soit qu'elle leur ait causé un préjudice. Or, nombre de tolérances ne reposent pas sur des « infractions continuées » comme peut l'être l'occupation irrégulière du domaine public ou une construction irrégulière, mais sur des « infractions instantanées »⁷⁴ : absence de verbalisation d'un stationnement illégal pourtant constaté, absence de sanction d'une vente sans autorisation sur le domaine à l'instar de la tolérance de vente de muguet le 1^{er} mai etc. Or, dans ces hypothèses,

72 Comme le souligne en effet G. TEBOUL, dès lors que « l'administration décide de ne plus suivre la pratique qui était habituellement la sienne, deux catégories d'administrés doivent être distinguées : la catégorie de ceux à l'égard desquels le texte est désormais appliqué et la catégorie de ceux à l'égard desquels le texte a été impunément violé » : G. TEBOUL, *Usages et coutumes dans la jurisprudence administrative*, LGDJ, BDP, t. 153, 1989, p. 178. Dans cette hypothèse, les intérêts des premiers peuvent être froissés dans la mesure où ils ont fondé leur comportement sur l'abstention de l'Administration, qui a pu leur laisser penser soit que celui-ci était légal, soit encore que la pratique administrative serait permanente. En tout état de cause, la problématique posée par de telles tolérances générales n'est pas tant celle de leur cessation que celle de leur maintien.

73 *Ibidem*.

74 Cette distinction entre infractions continuées et infractions instantanées est effectuée par le Code pénal mais peut être ici reprise dans un sens large, le terme d'infraction renvoyant alors à toute violation d'une règle de droit par un individu.

la tolérance prenant fin avec la consommation de l'infraction, si on peut dire les choses ainsi, seuls les tiers qui auront subi un préjudice auront intérêt à saisir le juge, ce qui est loin – on le comprendra – d'être systématique. C'est dire que, dans la diversité des tolérances susceptibles d'être observées, une partie d'entre elles échapperont, par nature en quelque sorte, à toute condamnation, les tiers s'accommodant dans la majorité des cas de ces violations ponctuelles des règles de droit.

Mais nous n'avons donné ici que des exemples dans lesquels, par définition, les tiers ont connaissance de l'existence d'une situation illégale que l'Administration ne sanctionne pas ou à laquelle elle ne met pas fin. Or, l'une des principales raisons à l'absence de saisine du juge par les tiers repose sur le fait que la tolérance demeure une pratique occulte dont ils ont rarement connaissance. De ce point de vue, on comprendra qu'un nombre non négligeable d'illégalités tolérées échappent au juge tout simplement parce qu'elles échappent aux tiers eux-mêmes ! C'est d'abord la conscience d'une illégalité qui peut leur échapper : la dénonciation régulière de l'importance, de la complexité et de la technicité des règles de droit par les spécialistes eux-mêmes suffit à le comprendre. Il faut de surcroît souligner que, dans certains domaines techniques, les illégalités ne sont constatables pour l'essentiel qu'à la suite de contrôles effectués par l'Administration. Par conséquent, à l'exception des cas dans lesquels l'illégalité non sanctionnée est matériellement visible par tous (ce qui permet aux tiers de demander à l'Administration d'agir), ce n'est le plus souvent que dans l'hypothèse où l'Administration manifeste son intention de ne pas sanctionner certaines illégalités que sa tolérance pourra être constatée par les tiers et accéder au prétoire du juge. Mais de telles « tolérances expresses », qui peuvent apparaître au travers d'apaisements verbaux, de lettres missives envoyées aux intéressés, de lettres internes de service ou encore de circulaires administratives au sein desquelles il est précisé, par exemple, qu'aucune poursuite ne sera engagée ou ne doit être engagée face à une infraction déterminée, ne sont généralement connues que par les intéressés (bénéficiaires et autorités subordonnées). Leur connaissance est donc particulièrement limitée, et elles n'acquièrent le plus souvent une audience plus large qu'à la suite d'indiscrétions⁷⁵ ou dans le cadre d'un procès, le plus souvent pénal, dont l'existence même démontre que l'illégalité qu'elles entendaient mettre à l'abri de toute action a finalement été révélée. Ceci explique, au-delà du débat sur leur valeur juridique, qu'aucun de ces actes n'ait fait l'objet d'un recours direct de la part des tiers. À cet égard, l'obligation de publication des circulaires est sans grande influence sur la possibilité pour les tiers de prendre connaissance de tolérances à venir compte tenu de la diversité des termes utilisés, celui du substantif tolérance ou de l'adjectif toléré n'apparaissant pour ainsi dire presque jamais : « il y a, comme dans d'autres domaines, toute une gamme de nuances »⁷⁶ entre « le conseil, l'invitation polie et la mise en demeure impérative »⁷⁷. Toutes les « tolérances expresses ne sont pas formulées dans les mêmes termes »⁷⁸ si bien que, sauf à ce qu'ils soient concernés par le champ d'application de la circulaire, elles ont de fortes chances de ne pas être consultées par les administrés. Le développement du mouvement associatif, par exemple en matière environnementale, ne change rien à cet état de fait.

75 Voir en ce sens M. WALINE, CE, 6 juill. 1934, *Société Van Outryve*, D. 1937, p. 42.

76 L. TALLINEAU, art. préc., p. 31.

77 *Ibidem*.

78 *Ibidem*.

La diversité des illégalités susceptibles d'être commises et de donner lieu à tolérance ainsi que le caractère intrinsèquement illégal de ces dernières conduisent donc à minimiser leur connaissance par ceux qui n'en bénéficient pas, expliquant dans une large mesure le faible nombre de décisions juridictionnelles en la matière. Mais, même lorsque les tiers sont amenés à constater l'inertie de l'Administration, l'exercice d'une action contentieuse est loin d'être automatique.

2. Les obstacles inhérents à l'exercice d'une action contentieuse

Si le droit à un recours juridictionnel effectif est aujourd'hui présenté comme l'une des assises et l'un des acquis les plus fondamentaux de l'État de droit, sa consécration ne doit pas faire oublier les obstacles qui peuvent s'opposer, pour tout individu, à son usage effectif. Une chose est en effet de dire que toute action ou abstention illégale de l'Administration peut être censurée par le juge, une autre est de supposer chez les administrés la connaissance des voies de recours qui leur sont offertes et la volonté de les emprunter. Ce constat n'est pas propre à la tolérance administrative et vaut dans tous les cas où la carence de l'Administration est assez générale pour ne pas atteindre de manière suffisamment « spéciale et grave » la situation des administrés.

L'on ne saurait à cet égard oublier l'énergie contentieuse, le rapport au temps et à l'argent que suppose, par exemple, le procès en responsabilité⁷⁹. L'on comprendra alors d'autant plus que l'action des tiers à la tolérance soit subordonnée à une appréciation personnelle au sein de laquelle la nature de l'intérêt lésé et la gravité de la lésion sont d'une importance capitale. Or, comme on l'a souligné, toutes les illégalités tolérées sont loin d'être considérées par ceux qui les subissent comme suffisamment graves pour justifier qu'ils s'investissent dans un procès. Cela s'avère également vrai lorsque leur action ne vise pas à la réparation d'un préjudice causé par la tolérance de l'Administration mais vise à la faire cesser. En effet, une telle action ne peut être exercée que de façon indirecte, en contestant devant le juge un refus d'agir préalablement provoqué par une demande en ce sens. Deux voies sont alors théoriquement ouvertes aux tiers : la voie de l'urgence, par l'exercice d'un recours en référé, et la voie de l'excès de pouvoir. Dans la première hypothèse, la plus intéressante au regard de la célérité et de l'efficacité de l'intervention du juge, l'action des tiers est subordonnée, là encore, au sentiment que l'illégalité non sanctionnée par l'Administration est d'une gravité telle, au regard des conséquences qu'elle emporte, qu'il est urgent de la faire cesser. Or, une telle analyse – qu'elle soit juridiquement juste ou erronée importe peu ici – n'est possible que dans un nombre restreint de situations, les illégalités commises par les bénéficiaires de tolérance ayant majoritairement plus pour effet de les avantager que de préjudicier (gravement) aux tiers. Le contentieux juridictionnel n'offre d'ailleurs que peu d'exemples de référés exercés en vue d'enjoindre à l'Administration d'agir afin de faire cesser une situation illégale. Il reste donc la voie de l'excès de pouvoir, mais cette deuxième possibilité n'offre en pratique qu'une satisfaction éventuelle et relativement mince compte tenu des délais de jugement qui, quoi qu'on en dise, restent d'une longueur suffisante pour décourager les entreprises juridictionnelles.

⁷⁹ D. DE BÉCHILLON, « A propos de l'obligation faite au gouvernement de prendre des règlements d'exécution des lois », *AJDA* 2009, p. 686.

Mais si la faiblesse du contentieux relatif aux tolérances peut ainsi s'expliquer par le bilan négatif que sont susceptibles de faire les administrés entre les avantages personnels qu'ils peuvent retirer d'une action en justice et les inconvénients qu'elle comporte, une autre donnée importante, souvent passée sous silence dans les discours juridiques, doit être prise en compte : celle de leur ignorance potentielle quant aux différentes voies de droit qui leur sont offertes. L'amélioration de la qualité de la justice ne doit en effet pas faire oublier, même si le propos peut paraître virulent, « l'inculture juridique moyenne » des administrés, liée à la « qualité déplorable de l'information juridique » et à la complexité et technicité croissantes des règles de droit⁸⁰. Comme le souligne en effet le Professeur D. de Béchillon, « la population française dans son écrasante majorité n'a aucune idée des voies de droit disponibles [...], et n'est donc pas en état de faire quoi que ce soit, y compris poser à un avocat la question de savoir ce qui pourrait être envisagé »⁸¹.

Bien que l'on ne puisse donc en mesurer l'importance, c'est à la conjugaison de l'ensemble de ces considérations qu'il faut recourir, nous semble-t-il, pour expliquer l'accès limité de la tolérance au prétoire du juge administratif. Pour en résumer l'essence, on pourrait dire que, du point de vue des tiers, toutes les tolérances ne se voient pas, et toutes les tolérances ne se valent pas. Quant au juge, il semble bien ne pouvoir les sanctionner que difficilement.

B. La condamnation compliquée de la tolérance par le juge administratif

La condamnation d'une tolérance par le juge administratif peut intervenir de différentes manières selon le recours dont il est saisi : soit le tiers à la tolérance lui demandera d'annuler un refus de l'Administration de sanctionner ou faire cesser une situation illégale, avec éventuelle injonction en ce sens, soit il lui demandera de condamner l'Administration à réparer le préjudice subi du fait de son abstention illégale. Il pourra également envisager, dans le cas où il estime qu'il y a urgence et illégalité manifeste, de saisir le juge d'un recours en référé afin de contraindre l'Administration à agir. À la lecture de la jurisprudence, on s'aperçoit pourtant très rapidement que l'action des tiers pour faire effectivement condamner la tolérance a de fortes chances d'être déçue.

C'est assurément le cas s'agissant des procédures de référés. Les tiers auraient pu en effet trouver chez le juge de l'urgence non seulement une oreille attentive, mais aussi une main efficace pour contraindre l'Administration à mettre un terme aux illégalités commises par d'autres administrés. La voie est assurément intéressante, mais inévitablement trop étroite : le sens profond des procédures de référés est en effet de « permettre au juge [...] de prendre, dans les moindres délais, sinon de façon immédiate, les mesures justifiées par l'existence d'une situation d'urgence, c'est-à-dire par l'imminence de la réalisation (ou de l'aggravation), qu'il importe de prévenir, d'un préjudice »⁸². Autrement dit, il doit y avoir urgence à intervenir pour que le juge intervienne en urgence. Or, la position des tiers à la tolérance permet difficilement de répondre à ces deux exigences. D'une part en

80 D. DE BÉCHILLON, art. préc., p. 686.

81 Le propos de l'auteur porte sur l'obligation du gouvernement de prendre les règlements d'application des lois, mais l'affirmation peut être étendue à l'obligation pour l'administration de faire respecter les règles de droit.

82 R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, Précis domat, 13^e éd., 2008, n° 1511-1°.

effet, la nature des procédures d'urgence conduit à limiter l'office du juge des référés aux illégalités manifestes et à réduire subséquemment la possibilité pour les tiers d'obtenir une intervention de sa part. Comme le souligne le Président Labetoulle, il ne s'agit pas en effet d'une « voie rapide pour requérants impatients »⁸³ mais plutôt, pourrait-on dire, d'une voie d'urgence pour requérants menacés. Or, l'exigence d'une illégalité manifeste pour condamner l'Administration en référé s'accorde mal avec l'idée même de tolérance : les marges de manœuvre dont celle-ci dispose dans l'exécution de son obligation de faire respecter les règles de droit, qui reposent pour l'essentiel sur le choix du moment et des moyens de son action, ainsi que les obstacles juridiques qui peuvent s'opposer à cette action⁸⁴, limitent dans une large mesure la réalisation de cette exigence. D'autre part, et indépendamment de cet obstacle inhérent à l'office du juge des référés, le champ d'application des procédures d'urgence est également trop restrictif pour leur permettre d'obtenir la cessation d'une tolérance administrative. L'objet du référé-suspension est en effet de faire obstacle à l'exécution d'une décision illégale et non de contraindre à l'exécution d'une obligation légale. Si, dans ce cadre, le juge peut effectivement prononcer des injonctions à l'encontre de l'Administration qui se refuse à agir dans un sens déterminé, sa marge de manœuvre est souvent limitée⁸⁵, « ce qui le conduit le plus souvent à se borner à ordonner à l'administration de procéder à un nouvel examen de la demande, *mesure qui par elle-même n'apporte aucune protection au requérant* »⁸⁶. De même, l'objet du référé-liberté apparaît-il beaucoup trop restrictif, puisque son issue est conditionnée par une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale difficilement envisageable en matière de tolérance. Car il ne faut pas oublier que, dans une telle hypothèse, ce n'est pas l'abstention de l'Administration qui, dans l'ordre des choses, va porter atteinte à une liberté, mais la violation d'une règle de droit par un autre administré. Ce peut être le cas, par exemple, du non-respect d'une décision de justice qui a pour effet de porter atteinte au droit de propriété, mais la jurisprudence n'offre guère d'autres exemples. Enfin, le caractère subsidiaire et les conditions posées dans le cadre du référé mesures-utiles aboutissent en pratique à ne rendre cette voie intéressante que pour l'Administration elle-même, qui y recourt notamment afin de faire procéder à l'expulsion d'occupants sans titre du domaine public⁸⁷.

Chacune des procédures de référé comporte donc des conditions très restrictives qui empêchent ou limitent les possibilités pour le juge de sanctionner la tolérance, fût-ce de façon provisoire. Mais même dans l'hypothèse où ces obstacles seraient dépassés, il n'y a, en tout état de cause, que très exceptionnellement urgence à faire cesser une situation irrégulière. Il s'agit donc d'une voie relativement inefficace pour condamner la tolérance.

83 D. LABETOULLE, « Le référé nouveau est arrivé », *AJDA* 2001, p. 211.

84 V. *supra*, s'agissant des limites tirées de la protection de l'ordre public ou de la préservation de l'intérêt général.

85 La doctrine distingue à cet égard en fonction des conséquences que peut emporter la suspension : soit les mesures qu'elle implique produisent un effet continu dans le temps, soit elles produisent des effets qui s'épuisent immédiatement. C'est dans cette deuxième hypothèse que la marge de manœuvre du juge est réduite, et dont relève la sanction d'une irrégularité, que celle-ci passe par l'adoption d'une sanction administrative ou par une simple action visant à la faire cesser.

86 C. BROUELLE, *op. cit.*, n° 660. C'est nous qui soulignons.

87 CE, 6 avr. 2001, *Ministre de l'éducation nationale c/ M. Cros Decam et M^{me} Michel*, *Rec.*, p. 180 ; CE, 16 mai 2003, *SARL Icomatex*, *Rec.*, p. 229 ; *AJDA* 2003, p. 1156, chron. F. DONNAT et D. CASAS ; CE, 30 déc. 2003, *EURL Sochana*, req. n° 260429 ; CE, 2 juin 2006, *CCI Marseille provence*, req. n° 286465 ; *JCP A* 2006, n° 1206, note G. CLAMOUR.

Le constat est le même en matière d'excès de pouvoir mais pour des raisons différentes que nous nous contenterons de résumer ici. Un tel recours est envisageable lorsqu'un tiers, confronté à une violation des règles de droit par d'autres administrés, a demandé à l'Administration d'agir et que celle-ci a implicitement ou explicitement refusé de faire droit à sa demande. Il a alors la possibilité d'en demander l'annulation et d'assortir son recours d'une demande d'injonction. Mais l'Administration n'étant tenue, dans la majorité des hypothèses, qu'à une obligation de moyens et non de résultat – c'est-à-dire qu'elle dispose du libre choix des moyens pour faire respecter la réglementation –, le tiers doit formuler sa demande dans des termes suffisamment généraux pour que la seule chose dont soit saisi le juge, c'est d'un refus de l'autorité compétente d'utiliser l'un quelconque de ses moyens. Dans le cas contraire, le juge ne pouvant statuer *ultra petita*, il sera tenu de rejeter le recours au fond compte tenu de la liberté dont dispose l'Administration alors même qu'il peut y avoir, en pratique, véritable tolérance administrative. Cette idée s'illustre avec la jurisprudence relative aux recours exercés contre des refus de l'Administration d'exercer des poursuites pénales à l'encontre d'individus en situation irrégulière : sauf exceptions, il ne s'agit là que d'un moyen parmi d'autres pour faire respecter la réglementation. Par conséquent, si la demande du tiers concerne l'exercice de telles poursuites, le juge sera amené dans la majorité des cas à rejeter son recours, sans avoir réellement à se prononcer sur l'existence ou non d'une tolérance. S'il ne s'agit là que d'une question de technique contentieuse, elle ne doit pas être minimisée car elle suppose un minimum de maîtrise juridique dont sont dépourvus la plupart des administrés, ce que ne font que confirmer les exemples fournis par la jurisprudence.

C'est donc en réalité sur le terrain de la responsabilité pour faute que la tolérance a le plus de chances d'être condamnée, même si les solutions posées par le juge en la matière conduisent à un constat mitigé. Si la jurisprudence est difficile à systématiser compte tenu des variables susceptibles d'influer sur la responsabilité de l'Administration, la ligne dégagée par le contentieux révèle en effet que l'engagement de la responsabilité administrative pour faute est systématique lorsque l'Administration s'est totalement abstenue face à une illégalité commise par un administré, à condition encore que le délai raisonnable qui lui est laissé pour agir soit expiré. Cette analyse paraît clairement à la lecture de certains arrêts où le Conseil d'État souligne par exemple que l'Administration « a négligé d'utiliser ses pouvoirs afin de faire respecter la réglementation »⁸⁸, qu'elle « n'a pris aucune mesure pour mettre un terme aux infractions »⁸⁹ ou encore qu'elle a fait preuve d'une « carence systématique », afin d'établir le caractère fautif de cette abstention. En effet, dans de telles hypothèses, la volonté de l'Administration de ne pas faire cesser une situation illégale ne fait aucun doute. L'engagement de sa responsabilité est en revanche variable en cas d'inaction partielle – laquelle suppose par définition que l'Administration soit tenue d'une simple obligation de moyens – : la jurisprudence montre que seules les actions « manifestement » insuffisantes sont susceptibles d'engager sa responsabilité pour

88 CE, 27 fév. 1948, *Vié et gouverneur général de Madagascar*, *Rec.*, p. 99 ; *D.* 1949, p. 554, note L. R.

89 CE, Sect., 14 déc. 1962, *Doublet*, *Rec.*, p. 680 ; V. également, CE, 25 sept. 1992, *SCI Le Panorama*, *Rec.*, p. 799 ; *DA* 1992, comm. 498 ; *D.* 1994, *jurispr.*, p. 62, note BON et TERNEYRE : absence de mesures prises pour faire respecter les dispositions d'un arrêté – d'ailleurs jugé inadapté – permettant à un très grand nombre d'artistes de s'installer place du Tertre et ayant provoqué des dégradations sur la façade d'un immeuble géré par une société civile immobilière.

faute⁹⁰, de sorte que ne sont véritablement sanctionnées, d'une certaine façon, que les tolérances manifestes⁹¹. La volonté de l'Administration de ne pas faire respecter la réglementation est donc appréhendée, sur le terrain de la responsabilité, de façon restrictive par le juge, et conduit subséquentement à épargner de toute sanction juridictionnelle des volontés qui, sans être manifestes, n'en sont pas moins réelles pour autant. Il s'agit donc d'une voie de condamnation plus ouverte que les précédentes, mais qui doit être envisagée avec une certaine relativité. En effet, non seulement elle demeure réservée aux tolérances les plus « évidentes », mais elle ne permet pas ensuite de faire cesser des situations illégales : il ne s'agit pour le juge que de réparer les préjudices éventuellement causés par le maintien de telles situations. Or, comme le souligne à cet égard J. Waline, « c'est un raisonnement bien pauvre que de dire à l'administré que l'action [ou l'abstention] de l'administration est certes illégale mais que tout va rentrer dans l'ordre puisqu'il sera indemnisé »⁹².

L'étude de la tolérance administrative parmi les multiples causes d'inapplication du droit permet en partie d'expliquer, comme nous le soulignons en introduction de cette étude, l'actualité persistante de cette thématique. Si elle est en effet juridiquement condamnable, les voies juridictionnelles actuellement offertes aux justiciables limitent cette condamnation à la portion congrue. Faut-il le déplorer ? Très certainement. Mais ce n'est pas sous cet angle que la tolérance est en réalité dénoncée. Du point de vue des administrés en effet, il semble bien que la problématique posée par la tolérance ne soit pas tant celle de savoir comment y mettre fin ou comment la sanctionner, mais celle de savoir comment la maintenir : ce qui pose problème aujourd'hui, en tout cas aux yeux des administrés, ce n'est pas tant l'inapplication de la loi en elle-même, mais bien la possibilité pour l'Administration de faire appliquer soudainement une loi que sa tolérance prolongée avait contredite et même, parfois, pu faire oublier. À l'heure où la question d'une nécessaire protection de la confiance légitime des citoyens ressurgit dans le discours juridique, peut-être est-il temps de prendre le problème à sa source : puisqu'on ne peut contraindre efficacement l'Administration à mettre fin à ses tolérances, il faut se demander s'il n'est pas tout simplement possible d'empêcher la naissance de ces tolérances. Quoi de plus efficace, à cet égard, que de reconnaître finalement qu'une tolérance administrative puisse être source de droits pour ses bénéficiaires ? La solution est de toute évidence paradoxale. Mais elle ne l'est pas moins que le constat auquel conduit aujourd'hui une étude sur la tolérance administrative.

90 Pour des exemples dans lesquels le juge se réfère aux moyens mis en œuvre par l'Administration afin de conclure à l'absence de faute, v. CE, 23 juin 1976, *Latty c/ Commune de Vaux-sur-Mer*, RDP 1997 p. 865 ; CE, 8 avril 1987, *Virmaux c/ Ville de Paris*, Rec., p. 140 ; CE, 12 mars 1986, *Préfet de police c/ Metzler*, Rec., p. 70.

91 V. par exemple CE, 27 juill. 2005, *Ville de Noisy-le-Grand*, req. n° 257394 : à propos de troubles à la tranquillité publique causés par l'installation de nomades sur le territoire de la commune de Noisy-le-Grand, le Conseil d'État confirme l'arrêt de la Cour administrative d'appel de Paris qui a condamné la commune à réparer le préjudice subi par les tiers dans la mesure où le maire (et le préfet) s'étaient « bornés à dresser des procès-verbaux de contraventions [...] sans prendre aucune autre mesure de nature à faire cesser les troubles ». Or, les requérants avaient en effet fait l'objet d'un « harcèlement continu de la part de nomades sédentarisés » installés sur des terrains bordant la rue et avaient été victimes du « stationnement abusif des véhicules appartenant aux nomades », de « tapages diurnes et nocturnes », de « menaces physiques », de « dégradation des biens mobiliers et immobiliers » et de « jets d'immondices et de débris par-dessus les clôtures de leurs propriétés », si bien que le seul établissement de contraventions « malgré l'aggravation et la multiplication des nuisances » ne pouvait être de nature à faire cesser les troubles occasionnés.

92 J. WALINE, « L'évolution du contrôle de l'administration depuis un siècle », RDP 1984, p. 1327-1349, sp. p. 1340.

L'OPPORTUNITÉ DES POURSUITES ET L'IDÉE DE SYSTÉMATIQUITÉ DE LA RÉPONSE PÉNALE

Akila TALEB-KARLSSON¹

Résumé

Alors que le principe de l'opportunité des poursuites a permis de réduire les cas d'inapplication du droit par le recours à la diversification de la réponse pénale, celle-ci n'a pas été qu'un rempart contre l'inapplication du droit. Suite à cette volonté de diversifier les modes de traitement des affaires, les alternatives aux poursuites qui forment une troisième voie procédurale, aux côtés de la voie des poursuites et de celle des classements sans suite « secs », sont nées en réalité du refus de magistrats d'appliquer la loi. Par ailleurs, le principe de l'opportunité des poursuites enserré dans une logique de systématicité de la réponse a conduit à une nouvelle application du droit et une transformation des phases de la procédure pénale sans que les moyens mis à la disposition de l'institution judiciaire n'évoluent suffisamment. Dans ce contexte, des ajustements s'imposent pour éviter toute application tardive du droit qui serait ineffective et qui reviendrait à une inapplication du droit.

Abstract

While the principle of expediency has encouraged diverting cases from prosecution and has enabled to reduce the number of situations in which law does not apply, diversion has not only been a safeguard against the occurrence of those situations. Diverting cases away from the criminal courts is surely the result of a will to diversify the range of responses and thus constitutes a third procedural way along with prosecution and no further action decisions. Yet, alternatives to prosecution were also developed as a result of the prosecutors' refusal to apply the law. Moreover, due to a new way of applying law, the principle of expediency combined with the concept of systematic criminal justice response have led to the transformation of criminal justice without providing an upgrade of resources available to the judicial institution. In this respect, adjustments are needed to avoid delays in the application of law. Such delays would definitely make law be ineffective and would amount to a failure to apply the law.

¹ Maître de conférences, Aix Marseille Univ, Université de Toulon, Univ Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, CDPC Jean-Claude Escarras, Toulon, France.

Le droit est partout et pourtant la justice va mal ! Pourquoi un tel constat ? D'une part en raison d'un manque de moyens financiers, matériels et humains et, d'autre part, en raison des excès des législateurs qui votent des lois toujours plus nombreuses sans en mesurer l'impact réel sur le terrain. Mais la situation est en fait bien plus complexe. Pour comprendre les enjeux de ce constat, il faut prendre comme point de départ, dans notre système pénal, la phase d'orientation du dossier de procédure qui permet le passage du monde policier au monde judiciaire. Cette phase qui apparaît centrale est gouvernée par le principe fondamental de l'opportunité des poursuites qui permet de laisser libre le procureur de décider de la suite à donner à l'affaire dont il a connaissance. En effet, aux termes de l'article 40 du code de procédure pénale, « [l]e procureur de la République reçoit les plaintes et les dénonciations et apprécie la suite à leur donner conformément aux dispositions de l'article 40-1 » du même code. Cette disposition en ce qu'elle offre une liberté d'appréciation à l'autorité des poursuites consacre le principe de l'opportunité, souvent opposé au principe de légalité des poursuites².

Par ailleurs, depuis presque une quinzaine d'années³, ce principe est complété par l'idée de systématisme de la réponse pénale qui implique que « chaque infraction [soit] suivie d'une réaction sociale si minime soit-elle »⁴. C'est en effet ce que prévoit l'article 40-1 du code de procédure pénale qui a clairement introduit un « objectif de systématisation de la réponse pénale »⁵ s'imposant au procureur de la République territorialement compétent « [l]orsqu'il estime que les faits constituent une infraction commise par une personne dont l'identité et le domicile sont connus et pour laquelle aucune disposition légale ne fait obstacle à la mise en mouvement de l'action publique ».

Dès lors, le procureur « décide s'il est opportun : [s]oit d'engager des poursuites ; [s]oit de mettre en œuvre une procédure alternative aux poursuites en application des dispositions des articles 41-1, 41-1-2 ou 41-2 [du code de procédure pénale] ; [s]oit de classer sans suite la procédure [si] les circonstances particulières liées à la commission des faits le justifient ».

Il s'agit donc pour le ministère public de proposer dans le plus grand nombre d'affaires une réponse pertinente, c'est-à-dire adaptée compte tenu de la gravité du contentieux et de la personnalité du mis en cause.

Pour ce faire, le législateur a fait le choix de la diversification des solutions dans le traitement judiciaire d'une affaire ; cette diversification que le principe de l'opportunité des poursuites favorise et qui permet justement la systématisme de la réponse. La diversification des solutions pénales fait donc le lien entre le principe de l'opportunité et l'idée de systématisme de la réponse pénale au cours de la phase d'orientation de l'affaire pénale. Mais l'inapplication du droit a-t-elle sa place dans

2 « Système selon lequel le ministère public est tenu d'engager des poursuites dès lors que les agissements portés à sa connaissance renferment, vérification par lui faite, tous les éléments d'une infraction » (G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique* – Association H. Capitant, 9^e éd., PUF, 2^e tirage, 2012, p. 597).

3 Plus exactement depuis l'année 2004 : v. loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, *JORF* n° 59 du 10 mars 2004, p. 4567.

4 A. GARAPON, *Le gardien des promesses – Justice et démocratie*, Odile Jacob, 1996, p. 218.

5 V. TELLIER-CAYROL et M. NORGUET, « Une décennie de réponse pénale », *Gaz. Pal.* 2014, n° 233.

cette phase procédurale ? Dit autrement, de manière plus circonstanciée, le principe de l'opportunité des poursuites et la systématicité de la réponse pénale ne contreviendraient-ils pas à l'application du droit ? La réponse est, de prime abord, assurément négative pour deux raisons au moins. Premièrement, parce qu'à l'évidence, le principe de l'opportunité et l'idée de systématicité de la réponse pénale sont prévus par le code de procédure pénale. Y recourir, revient donc à appliquer le droit. Deuxièmement, parce que l'opportunité des poursuites complétée par cette idée de systématicité de la réponse pénale a permis la diversification des modes de traitement des affaires ce qui a favorisé entre autres le développement des alternatives aux poursuites. Or, il faut le rappeler et le souligner, si recourir à ces alternatives consiste à s'abstenir de poursuivre, l'absence de poursuite n'équivaut pas à l'absence de réponse pénale et donc à l'inapplication du droit.

En réalité, le problème est plus complexe qu'il n'y paraît et la notion d'inapplication du droit n'est pas complètement absente de notre étude, elle se présente seulement sous des formes différentes. Si l'inapplication du droit peut s'entendre du refus pur et simple d'appliquer le droit, elle peut également être définie autrement, comme une nouvelle manière d'appliquer le droit en rupture avec le *process* de notre justice pénale.

De ce fait, d'une part l'opportunité des poursuites, en ce qu'elle a permis la diversification du droit est intrinsèquement liée à l'inapplication du droit (I). D'autre part, il faut ajouter à cela la systématicité de la réponse pénale qui est, entre autres, à l'origine d'une nouvelle application du droit qui n'est pas sans risque puisqu'elle pourrait aboutir à une inapplication du droit (II).

I. L'opportunité des poursuites et l'inapplication du droit

La corrélation qu'il est possible d'établir entre l'opportunité des poursuites et l'inapplication du droit résulte d'abord de ce que le principe de l'opportunité des poursuites, en permettant la diversification de la réponse pénale, a considérablement restreint les cas d'inapplication du droit (A). Elle résulte ensuite de ce que les alternatives aux poursuites issues de la diversification de la réponse pénale et qui constituent une solution à l'inapplication du droit, sont aussi en réalité, pour partie, nées de l'inapplication du droit (B).

A. Diversification de la réponse pénale et restriction des cas d'inapplication du droit

Plus précisément, la réduction significative des cas d'inapplication du droit que l'on constate provient d'une part de la multiplication des cas d'intervention du droit (1) et d'autre part de l'augmentation de l'offre des modes de traitement des infractions (2).

1. *L'élargissement des domaines d'intervention du droit*

En raison principalement de l'augmentation flagrante – parfois même alarmante – des comportements susceptibles de tomber sous le coup de la loi pénale, un constat s'impose : le droit est partout. Ainsi, très rares sont les domaines où le droit n'autorise pas, ne protège pas ; n'interdit pas, ne sanctionne pas ; ne limite pas, ne régule pas. Bref, très rares sont les domaines où le droit n'intervient pas, ce qui logiquement restreint les cas d'inapplication du droit. Par exemple, de nombreux textes ont été votés en matière de lutte contre le terrorisme notamment suite aux attentats qui ont frappé Paris le 13 novembre 2015. En effet, l'état d'urgence décrété au lendemain de ces attaques a été prorogé pendant presque de deux ans par l'adoption de plusieurs textes réglementaires et législatifs. Finalement, tout en adaptant le dispositif d'exception – qui devait prendre fin le 1^{er} novembre 2017 – pour le transposer en droit commun, une loi du 30 octobre 2017 a permis une sortie durable de cet état qui ne pouvait être que temporaire⁶.

Par ailleurs, au-delà de cette situation inédite, pas moins de six textes intéressant le droit pénal de fond et de forme ont été adoptés aux cours de ces deux dernières années. À cet égard, il est intéressant de mentionner la loi du 3 juin 2016 qui renforce la lutte contre le terrorisme et qui introduit des mesures renforçant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale⁷ et la loi organique du 8 août 2016 qui modifie certaines règles relatives à la profession de magistrat et au Conseil supérieur de la magistrature⁸. La loi du 3 juin 2016 dite loi Urvoas⁹ durcit aussi la réponse pénale tout en donnant aux juges et aux procureurs de nouveaux moyens d'investigation. Elle renforce également le contradictoire dans la phase d'enquête et la protection des témoins tout en augmentant la coercition dans la lutte contre la criminalité organisée et le terrorisme. Du point de vue du droit pénal de fond, elle crée un nouveau fait justificatif au profit des agents de la force publique pour empêcher la réitération d'un ou plusieurs meurtres. Principalement, à l'égard des magistrats, la loi organique du 8 août 2016 permet d'une part le renforcement des exigences de transparence et de déontologie et d'autre part le renforcement des exigences d'indépendance et d'impartialité. Ce texte prévoit également que les juges de proximité deviennent des magistrats à titre temporaire tout en spécialisant davantage le statut du juge des libertés et de la détention.

6 Décr. nos 2015-1475 et 2015-1476 du 14 novembre 2015 portant application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955, *JORF* n° 264 du 14 novembre 2015, p. 21297 ; décr. n° 2015-1478 du 14 novembre 2015 modifiant le Décr. n° 2015-1476 du 14 novembre 2015 portant application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955, *JORF* n° 265 du 15 novembre 2015, p. 21382 ; loi n° 2015-1501 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et renforçant l'efficacité de ses dispositions, *JORF* n° 270 du 21 novembre 2015, p. 21665 ; loi n° 2016-162 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, *JORF* n° 43 du 20 février 2016 ; loi n° 2016-629 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, *JORF* n° 117 du 21 mai 2016 ; loi n° 2016-987 du 21 juillet 2016 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et portant mesures de renforcement de la lutte antiterroriste, *JORF* n° 169 du 22 juillet 2016 ; loi n° 2016-1767 du 19 décembre 2016 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, *JORF*, n° 295 du 20 décembre 2016 ; loi n° 2017-1154 du 11 juillet 2017 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, *JORF* n° 0162 du 12 juillet 2017 ; loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme, *JORF* n° 0255 du 31 octobre 2017.

7 Loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale, *JORF* n° 0129 du 4 juin 2016.

8 Loi n° 2016-1090 du 8 août 2016 relative aux garanties statutaires, aux obligations déontologiques et au recrutement des magistrats ainsi qu'au Conseil supérieur de la magistrature, *JORF* n° 0186 du 11 août 2016.

9 Du nom du garde des sceaux à l'origine de l'adoption de ce texte.

Au cours de la même année, sont adoptées deux autres lois de modernisation dont les dispositions nouvelles débordent de la sphère pénale, il s'agit de la loi dite « Justice du XXI^e siècle » du 18 novembre 2016¹⁰ et la loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique du 9 décembre 2016¹¹. Fort de ces 115 articles, le premier texte plus connu sous le nom de loi « J21 » a été annoncé comme le texte réformateur de ces dernières années car il modifie tant la justice civile¹² que la justice pénale. Sur ce dernier point, la loi prévoit une nouvelle organisation juridictionnelle en matière contraventionnelle avec la suppression des juridictions de proximité. Elle prévoit également la suppression de la collégialité de l'instruction et la possibilité pour les fondations reconnues d'utilité publique d'exercer les droits reconnus à la partie civile. Elle prévoit enfin une nouvelle procédure de l'amende forfaitaire en matière délictuelle et le renforcement du droit à l'avocat au cours de la garde à vue du mineur délinquant. Le second texte dont les principales dispositions intéressent la lutte contre la corruption, introduit au sein du code pénal une nouvelle cause d'irresponsabilité dont peut désormais bénéficier, sous certaines conditions, le lanceur d'alerte et institut, à l'image du *deferred prosecution agreement* anglo-saxon, une convention judiciaire d'intérêt public au profit des personnes morales. En 2017, trois lois notables sont adoptées, la première réforme la prescription en matière pénale et prévoit notamment un allongement des délais de prescription de l'action publique en matière criminelle et délictuelle, la deuxième a trait à la sécurité publique tandis que la troisième déjà évoquée renforce la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme¹³.

La pléthore de textes récemment adoptés au cours des années 2016 et 2017 aurait dû logiquement conduire à une période d'accalmie au cours de l'année 2018. Il n'en est rien car le 15 janvier 2018, ont été transmis à l'actuelle ministre de la Justice, garde des Sceaux, les rapports des cinq chantiers de la Justice qui doivent permettre une réforme plus globale de celle-ci comprenant une simplification des procédures civile et pénale, le renforcement de l'efficacité des peines, la transformation numérique du service public de la Justice ainsi que l'adaptation de l'organisation du réseau des juridictions en raison des bouleversements qu'induiront les quatre premiers chantiers¹⁴.

De nouvelles modifications sont donc à prévoir et celles-ci tendent en matière pénale à élargir toujours plus les domaines d'intervention du droit puisqu'il est envisagé par exemple d'étendre la transaction pénale, la composition pénale, l'ordonnance pénale et la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC)¹⁵. Dans ce contexte, une nette tendance se dégage : celle de l'accroissement de l'offre des modes de traitement des affaires pénales et particulièrement s'agissant du contentieux de masse.

10 Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, *JORF* n° 0269 du 19 novembre 2016.

11 Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016, *JORF* n° 0287 du 10 décembre 2016.

12 Si la mesure la plus médiatisée est sans conteste l'institution du divorce par consentement mutuel extrajudiciaire, la loi de 2016 promeut également les modes alternatifs de règlement des différends.

13 Loi n° 2017-242 du 27 février 2017 portant réforme de la prescription en matière pénale, *JORF* n° 0050 du 28 février 2017 ; loi n° 2017-258 du 28 février 2017 relative à la sécurité publique, *JORF* n° 0051 du 1 mars 2017 ; loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017, *op. cit.*

14 MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Chantiers de la Justice – Les axes de la réforme*, mars 2018, www.justice.gouv.fr

15 MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Chantiers de la Justice – Amélioration et simplification de la procédure pénale*, 2018, p. 18-21, www.justice.gouv.fr

2. *L'augmentation de l'offre des modes de traitement des affaires pénales*

En faisant le choix de la diversification de la réponse pénale, les législateurs successifs ont clairement multiplié l'offre des modes de traitement des affaires pénales. Rappelons en effet qu'en vertu du principe de l'opportunité des poursuites, le procureur peut décider de classer sans suite une affaire, de poursuivre ou de recourir à une mesure alternative. Cette dernière voie procédurale née dans les années 1990¹⁶ et qui a profondément modifié notre procédure pénale continue de se développer puisque deux mesures nouvelles¹⁷ ont été adjointes aux deux mesures traditionnelles¹⁸. Il existe donc aujourd'hui quatre mesures distinctes : les alternatives de l'article 41-1 du code de procédure pénale, la composition pénale, la transaction pénale et convention judiciaire d'intérêt public.

Les alternatives aux poursuites constituent des procédures auxquelles le procureur peut avoir recours préalablement à toute décision relative à la mise en mouvement de l'action publique. Destiné essentiellement à assurer la réparation du dommage causé à la victime, à mettre fin au trouble résultant de l'infraction ou à contribuer au reclassement de l'auteur, l'aspect punitif de certaines procédures n'est pas complètement absent. Surtout la mise en œuvre de ces procédés alternatifs suppose que l'auteur de l'infraction et, s'il y a lieu, la victime participent à la résolution du litige. Également appelées classements sous conditions, les alternatives de l'article 41-1 du code de procédure pénale sont dites « réparatrices » par opposition à la composition pénale qualifiée d'alternative « punitive ». Les alternatives réparatrices permettent au procureur, directement ou par l'intermédiaire d'un officier de police judiciaire, d'un délégué ou d'un médiateur de proposer à l'auteur des faits des mesures prévues par le texte légal¹⁹. La composition pénale est une procédure par laquelle le procureur ou son délégué siégeant le plus souvent en maison de justice et du droit, propose au mis en cause, majeur ou mineur âgé d'au moins 13 ans, ayant reconnu avoir commis un ou plusieurs délits punis à titre de peine principale d'une peine d'amende ou d'une peine d'emprisonnement d'une durée inférieure ou égale à cinq ans, d'abandonner les poursuites en contrepartie de l'exécution de certaines mesures légales. La proposition acceptée par le mis en cause doit ensuite être validée par un magistrat du siège afin que cette mesure soit exécutée²⁰.

La transaction pénale, quant à elle, permet à un officier de police judiciaire, sur autorisation du procureur, de transiger avec l'auteur des faits – personne physique ou personne morale – pour des infractions limitativement énumérées. La proposition de transaction, déterminée en fonction des circonstances et de la gravité de l'infraction ainsi que de la personnalité et de la situation (matérielle, financière, familiale et sociale) de son auteur, prévoit une amende transactionnelle qui ne peut excéder le tiers de l'amende encourue ainsi que, le cas échéant, l'obligation pour l'auteur des

16 La première loi adoptée dans ce domaine est la loi du 4 janvier 1993 instituant la médiation pénale, v. loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale, *JORF* n° 0003 du 4 janvier 1993 p. 215.

17 Pour les alternatives de l'article 41 du code de procédure pénale et la composition pénale, v. loi n° 99-515 du 23 juin 1999 renforçant l'efficacité de la procédure pénale, *JORF* n° 144 du 24 juin 1999, p. 9247.

18 Pour la transaction pénale, v. loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales, *JORF* n° 0189 du 17 août 2014, p. 13647. Pour la convention judiciaire d'intérêt public, v. loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016, *op. cit.*

19 Par exemple le rappel à la loi, l'orientation de l'auteur vers une structure sanitaire, sociale ou professionnelle.

20 Art. 41-2 et 41-3 *C. proc. pén.*

faits de réparer le dommage provoqué dans les délais prévus. Acceptée par l'auteur, la proposition doit être homologuée par un juge²¹. Enfin, la convention judiciaire d'intérêt public constitue une alternative par laquelle le procureur propose à une personne morale mise en cause pour un ou plusieurs délits limitativement énumérés par le code pénal²² le versement d'une amende au Trésor public et/ou la mise en place au sein de la personne morale d'un programme de mise en conformité. Ce programme attestant de l'existence et de la mise en œuvre au sein de la structure des mesures et procédures anti-corruption pour une durée maximale de trois ans est réalisé sous le contrôle de l'Agence française anticorruption²³.

Mais la diversification de la réponse pénale n'a pas seulement profité à cette troisième voie procédurale car, progressivement, ont également été instituées des procédures de jugement accélérées et simplifiées. À ce titre, l'ordonnance pénale et la CRPC doivent être mentionnées.

Dans le cadre de la CRPC qui s'applique depuis la loi du 13 décembre 2011 à la quasi-totalité des infractions délictuelles, au stade de l'enquête ou au cours de l'information judiciaire, il est prévu que le procureur de la République, organe essentiel de la procédure, propose à une personne majeure, ayant reconnu sa culpabilité, d'exécuter une ou plusieurs peines principales ou complémentaires encourues. Lorsqu'une peine d'emprisonnement est proposée, sa durée est au plus égale à la moitié de la peine encourue, sans pouvoir dépasser un an. Lorsqu'une peine d'amende est proposée, son montant ne peut excéder celui de l'amende encourue²⁴. Quant à l'ordonnance pénale, il s'agit d'un dispositif par lequel le parquet transmet le dossier au juge qui rend une ordonnance sans débat contradictoire. Cette procédure simplifiée, facultative, écrite et non contradictoire, permet de condamner l'auteur à une peine autre qu'une peine d'emprisonnement, généralement une peine d'amende. À défaut d'opposition dans le délai légal, l'ordonnance a les effets d'un jugement passé en force de chose jugée. Dans le cas contraire, il est prévu que l'affaire fasse l'objet d'un débat public et contradictoire devant la juridiction compétente. D'abord instituée en matière contraventionnelle²⁵ et compte tenu de son succès, l'ordonnance pénale délictuelle a été instaurée par la loi du 9 septembre 2002 avant que son champ d'application ne soit étendu à plusieurs reprises.

À la lecture des dispositions relatives à l'ensemble de ces procédés, il ressort clairement que le législateur a voulu instaurer une gradation des mesures alternatives et de poursuite en vue d'assurer une réponse pénale adaptée au moyen d'une palette toujours plus diversifiée de modes de traitement du contentieux de faible et de moyenne gravité. En conséquence, si une procédure alternative vient à échouer, une autre alternative pourra être envisagée et, en dernier recours, la mise en mouvement de l'action publique.

21 Art. 41-1-1 *C. proc. pén.*

22 Principalement les délits de corruption, d'entrave à l'exercice de la justice, de blanchiment d'infractions au code général des impôts c'est-à-dire de blanchiment de fraude fiscale.

23 Art. 41-1-2 *C. proc. pén.*

24 Art. 495-7 à 495-16 *C. proc. pén.*

25 Loi n° 72-5 du 3 janvier 1972 tendant à simplifier la procédure applicable en matière de contraventions, *JORF* du 5 janvier 1972, p. 153 ; loi n° 2002-1138 d'orientation et de programmation pour la justice, *JORF* du 10 septembre 2002, p. 14934. Pour les contraventions, v. art. 524 et suivants *C. proc. pén.* Pour les délits, v. art. 495 à 495-6 *C. proc. pén.*

Cette réorientation de l'affaire sera motivée soit par un choix initial de sanction inadapté, soit par la mauvaise volonté de l'intéressé qui n'aura pas accepté le procédé ou n'aura pas exécuté, totalement ou en partie, les mesures prononcées dans ces alternatives.

De tout ce qui précède, il résulte qu'en élargissant sans cesse les domaines d'application du droit et les procédures de traitement des infractions, les législateurs ont fait des situations d'inapplication du droit des cas exceptionnels voire extraordinaires. Plus précisément encore, le contexte ayant conduit à l'avènement et au développement des alternatives aux poursuites permises par cette diversification de la réponse pénale n'est elle-même pas sans lien avec cette notion d'inapplication du droit.

B. Avènement des alternatives aux poursuites et inapplication du droit

Susceptible de révéler ses vices comme ses vertus, l'inapplication du droit est une notion ambivalente. En effet, l'avènement des alternatives constitue, avant tout, une solution à l'inapplication du droit, l'inapplication du droit révélant alors ses vices (1). Mais, il faut souligner que les alternatives sont en réalité nées en marge du droit, suite au refus de certains parquetiers d'appliquer la loi. Cette troisième voie procédurale est donc le résultat de l'inapplication du droit, l'inapplication du droit révélant cette fois ses vertus (2).

1. *Les alternatives aux poursuites : solution à l'inapplication du droit*

Jusqu'aux années 1990 « l'exercice du pouvoir d'appréciation de l'opportunité des poursuites par le procureur [...] s'est réduit à un choix binaire. Soit il actionnait, sur le clavier de l'action publique, la touche de la poursuite [...], soit il activait la touche verte absolutoire du classement sans suite »²⁶. Or, il arrivait souvent au regard de la gravité de l'infraction qu'aucune de ces deux voies procédurales n'apparaisse opportune, la décision de classement sans suite « sec » de l'affaire constituant une réponse trop clémente alors que la décision de poursuite était, au contraire, jugée trop sévère.

Par ailleurs, « l'engorgement des juridictions pénales, comme souci de ne pas occuper à outrance les débats judiciaires par l'évocation d'infractions dites de gravité secondaire [conduisait] à abandonner ou pour le moins à raréfier le recours aux poursuites dans tel ou tel arpent du champ pénal, générant ici ou là un sentiment d'impunité néfaste »²⁷.

Du reste, dans un cas comme dans l'autre – classement sans suite ou poursuites – la réponse pénale proposée n'apparaissait pas adaptée. Dès lors, s'enfermer dans un choix binaire conduisait à une application ineffective du droit, ce qui revenait purement et simplement à une inapplication du droit.

²⁶ J.-O. VIOUT en collaboration avec A. TALEB, « La défense pénale devant le ministère public : les alternatives à la poursuite », in *La Défense pénale*, Actes du XIXe congrès de l'Association française de droit pénal, *RPDP* n° spécial 2010, p. 135.

²⁷ *Idem*.

C'est encore ce qui fut par la suite constaté par un auteur qui déclarait que l'entreprise de tri dont le parquet avait la charge « aboutissait au classement sans suite ou pire à des dossiers dont les poursuites décidées par le parquet s'ensablaient définitivement. Il a même pu être relevé, dans certaines juridictions, le cas de dossier ayant donné lieu à une instruction qui se soldait par un abandon des poursuites... jusqu'au constat de la prescription de l'action publique »²⁸. Un rapport publié par le Sénat en 1998 faisait en outre état de ce constat préoccupant et recommandait, entre autres, outre le développement du traitement en temps réel (TTR) des affaires pénales – nous y reviendrons – celui de la troisième voie.

Il y était précisé que « le classement sans suite [...] s'explique [...] par la nécessité, faute de moyens suffisants à la disposition du Parquet, du Siège, des services de constatations et d'enquête et de ceux chargés de l'exécution de « gérer des stocks et des flux ». Certains « parquetiers » nous ont en effet indiqué qu'il n'y avait pas d'autres moyens de gérer les dossiers qui s'accumulent. « On fait ce que l'on peut quand l'armoire est pleine » nous a déclaré un procureur de la République. La notion d'inopportunité des poursuites devient alors très extensive et masque en réalité le classement sec [...]. La troisième voie permet de pallier la capacité limitée de production de jugement de l'institution judiciaire tout en mettant la justice pénale à la disposition des justiciables... »²⁹.

C'est la raison pour laquelle l'avènement des alternatives aux poursuites apparaît comme une solution permettant d'offrir une réponse à toutes les sollicitations. Cette troisième voie suscite parmi les magistrats du parquet « toute une rhétorique qui valorise la réponse qu'elle permet de donner à toutes sortes d'affaires qui pourraient autrement se trouver classées »³⁰.

Dans ce contexte, l'institution de cette voie intermédiaire offre le compromis souhaité en donnant une réponse pénale à l'affaire tout en évitant le classement sans suite mais sans pour autant recourir à la poursuite. Les alternatives aux poursuites sont donc très vite apparues comme une solution à l'inapplication du droit, celle-ci révélant alors ses vices. Toutefois sur le terrain, cette réalité n'a en fait pas échappé aux principaux intéressés que sont les parquetiers. Ceux-ci, refusant d'appliquer le droit, ont en effet déjà recours aux mesures alternatives en dehors de tout cadre légal.

2. *Les alternatives aux poursuites : résultat de l'inapplication du droit*

Dès les années 1980, alors même qu'aucun dispositif légal n'était encore établi, deux facteurs au moins ont contribué à ce qu'en pratique l'on constate l'utilisation des alternatives aux poursuites. Il s'agit d'une part, de l'augmentation croissante du contentieux de masse et principalement de la criminalité urbaine qui encombre l'appareil judiciaire et d'autre part, de la mise en place du traitement en temps réel des affaires pénales dans le but clairement affiché qui est de « tout traiter

28 J. DANET, *Justice pénale, le tournant*, Gallimard 2006, p. 126.

29 H. HAENEL, *Les infractions sans suite ou la délinquance mal traitée*, Rapport n° 153, 1998, www.senat.fr

30 B. BASTARD, C. MOUHANNA et W. ACKERMANN, *Une justice dans l'urgence : Le traitement en temps réel des affaires pénales*, coll. Droit et justice, PUF, 2007, p. 118.

sans retard »³¹. En premier lieu, les procureurs doivent à cette époque, pour gérer le contentieux de masse et désengorger les juridictions pénales, trouver des solutions adaptées d'autant que le recours à la voie classique de la poursuite n'apparaît pas approprié. En effet, en raison de leur faible gravité, les infractions commises s'apparentent parfois à de simples incivilités. Cette délinquance moderne est « essentiellement urbaine, massive, protéiforme, rajeunie, reliée sans s'y réduire aux phénomènes d'exclusion et connectée à la croissance de l'économie souterraine »³².

En second lieu, la mise en place du TTR qui se développe concomitamment favorise le recours aux alternatives. Ces dernières prennent en effet de l'ampleur dans les années 1990 si bien que les deux pratiques se renforcent progressivement l'une l'autre³³. Issu d'expérimentations locales menées dans les années 1990 au sein des parquets de Pontoise, de Lyon et surtout de Bobigny, le TTR est initié par les procureurs eux-mêmes qui font le choix d'une solution pragmatique³⁴. Il s'agit d'un schéma organisationnel standardisé³⁵ qui consiste, pour le parquet, à apporter une réponse judiciaire immédiate en déclenchant, sans délai, le traitement d'une affaire élucidée portée à sa connaissance par les services de police au moyen d'un compte rendu téléphonique³⁶. En réalité, il a été constaté que préalablement à la mise en place du TTR, le recours à la communication par voie téléphonique entre les services de police et les magistrats existe déjà pour les affaires les plus importantes. Ainsi, « l'introduction du TTR ne constitue [...] pas tant une création *ex nihilo* que l'amplification et la systématisation des procédés préexistants »³⁷. Toutefois, l'application du TTR à la criminalité dite de masse demeure une pratique novatrice. Dans un premier temps, cette pratique est diffusée par imitation au gré de la mobilité des magistrats avant d'être, dans un second temps, généralisée et institutionnalisée principalement grâce à l'action de la chancellerie³⁸.

De même, un nombre important d'études met en évidence le fait que, préalablement à l'institution de cette troisième voie procédurale, les mesures alternatives aux poursuites ne sont que des reprises de pratiques expérimentées des parquetiers. Dans le but de réduire le nombre de classements sans suite « secs » sans engorger les juridictions répressives, les parquetiers préfèrent, au milieu des années 1980, se rapprocher d'associations et développent des mesures de médiation pénale. Ils demandent par ailleurs aux services d'enquête – de police ou de gendarmerie – de classer le dossier à la condition que le mis en cause ait été réprimandé, qu'il ait régularisé sa situation, qu'il ait indemnisé la victime³⁹. Ce sont ces pratiques officieuses qui seront par la suite légalisées par les lois de 1993 et 1999. Cette troisième voie procédurale s'est donc développée à l'origine en raison du refus des procureurs de trancher entre d'une part s'abstenir de poursuivre en prenant une décision

31 J. DANET, *Justice pénale, le tournant*, op. cit., p. 123.

32 D. PEYRAT, « La justice pénale de proximité : faire plus ou mieux faire ? », *Gaz. Pal.* 13 octobre 2001, n° 286, p. 2 et s.

33 B. BASTARD, C. MOUHANNA et W. ACKERMANN, *Une justice dans l'urgence : Le traitement en temps réel des affaires pénales*, op. cit., p. 116.

34 J.-P. JEAN, *Le système pénal*, coll. Repères Sciences politiques – Droit, La découverte, 2008, p. 77 ; B. BASTARD et C. MOUHANNA, « L'urgence comme politique pénale ? Le traitement en temps réel des affaires pénales », *Arc. pol. crim.* 2006/1, n° 28, p. 153.

35 C. ETRILLARD, « Des relations du ministère public avec la police judiciaire en France : étude du traitement en temps réel des procédures pénales », *Revue internationale de criminologie et de police scientifique* 3/2003, vol. LVI, p. 277-294 cité par J. DANET, *Justice pénale, le tournant*, op. cit., p. 126.

36 J. DANET, *Justice pénale, le tournant*, op. cit., p. 125-126.

37 B. BASTARD et C. MOUHANNA, « L'urgence comme politique pénale ? Le traitement en temps réel des affaires pénales », op. cit., p. 159.

38 *Ibidem*, p. 156.

39 J.-P. JEAN, *Le système pénal*, op. cit., p. 68.

de classement sans suite « sec » et d'autre part poursuivre. Refusant tout simplement de se reporter au choix que leur donnait le législateur, ils ont refusé d'appliquer la loi provoquant ainsi le développement d'une voie procédurale intermédiaire, d'une pratique judiciaire ayant permis l'avènement des alternatives aux poursuites. Voilà pourquoi, il est permis d'affirmer que les alternatives aux poursuites sont le résultat de l'inapplication du droit qui révèle, dans ce cas, toutes ses vertus.

Autrement dit, « les solutions alternatives à la poursuite sont nées de la pratique, de la volonté des parquets de ne pas se laisser enfermer dans une sorte de logique binaire qui, apparemment dictée par le système de l'opportunité des poursuites, ne permettait aux parquets que de poursuivre ou de s'abstenir, alors qu'il leur semblait nécessaire de pouvoir diversifier les solutions de nature à résorber le trouble à l'ordre public causé par la commission d'une infraction »⁴⁰.

Mais cette volonté de diversification de la réponse pénale n'a pas permis que le développement des mesures alternatives. Complété par l'idée de systématicité de la réponse pénale, l'objectif de diversification de la réponse pénale du parquet a également permis le développement d'autres procédures, contribuant par là même à une nouvelle application du droit.

II. La systématicité de la réponse pénale et les risques d'inapplication du droit

Si la multiplication des modes de traitement judiciaire des affaires a assurément permis d'accroître le taux de réponse pénale, elle a également, dans un contexte de nouvelle économie pénale, durablement transformé l'application du droit (A). Par ailleurs, même si à première vue cela peut paraître paradoxal, la systématicité de la réponse pénale instituée par le législateur de 2004 n'a pas conduit qu'à restreindre les classements sans suite « secs ». En réalité, la situation actuelle est perfectible puisque l'on constate, depuis quelques années déjà, un risque de multiplication des cas d'inapplication du droit (B).

A. L'essor des modes de règlement des infractions et la nouvelle application du droit

Depuis presque une vingtaine d'années, le renouvellement des modes de traitement du contentieux pénal porté par cette idée de systématicité de la réponse pénale et par la mise en place de politiques managériales emporte au moins deux conséquences sur l'application du droit. Premièrement, on observe un déplacement dans le temps et dans l'espace du traitement des affaires pénales (1). Deuxièmement, en raison même de cette nouvelle application du droit, on assiste à une transformation de la justice pénale (2).

40 S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, coll. « Manuel », Paris, Lexisnexis – Litec, 9^e éd., 2013, p. 971.

1. *Le déplacement dans le temps et dans l'espace du traitement des affaires pénales*

On enseigne traditionnellement que la phase essentielle de notre procédure pénale – qui historiquement se rapproche davantage du modèle inquisitoire – est celle de l'enquête, ce qui rend accessoire la phase du procès pénal. Ce constat est à l'heure actuelle d'autant plus vrai que la consécration du principe de l'opportunité des poursuites combinée à celle de la systématisme de la réponse pénale et la diversification des modes de traitement des affaires pénales ont conduit à un bouleversement des phases de notre procédure pénale, y compris celle de l'enquête car c'est désormais à l'issue de cette dernière que tout se joue ou presque. En effet, qu'il s'agisse des alternatives aux poursuites ou des procédures de jugement rapides, il est permis d'observer un déplacement dans l'espace et dans le temps du traitement des affaires pénales.

En premier lieu, à l'occasion des alternatives dites réparatrices, de la composition pénale ou de la transaction pénale, on remarque que l'affaire est traitée en dehors de l'enceinte judiciaire, au sein d'une association, en maison de justice et du droit ou dans les locaux du commissariat ou de la gendarmerie. Les débats ayant lieu en dehors du tribunal, en pratique le plus souvent par une personne habilitée (médiateur, délégué, officier de police judiciaire), il existe clairement une délocalisation du traitement des affaires pénales, ce qui au demeurant permet de désengorger les juridictions. De même, si l'on observe le déroulement d'une ordonnance pénale, on se rend compte qu'en l'absence de contestation, compte tenu des mesures⁴¹ prévues par la loi et exécutées par l'auteur de l'infraction après que le dossier traité par le procureur ait été validé par le juge, cette procédure ne nécessite à aucun moment la réunion de la juridiction de jugement. Enfin, en ce qui concerne la CRPC, le même constat peut être formulé même s'il ne concerne qu'une partie de cette procédure à savoir la phase de proposition de peine. La procédure de CRPC impose en effet la comparution du prévenu devant le procureur de la République. Ce dernier, après avoir constaté son identité et lui avoir fait connaître les faits qui lui sont reprochés, recueille la déclaration de culpabilité de l'intéressé en présence de son avocat⁴². Au cours de cet entretien, le représentant du parquet propose à la personne poursuivie une ou plusieurs peines principales ou complémentaires encourues. Bien que l'offre du procureur doive respecter d'une part, le principe de personnalisation de la peine prévu par l'article 132-1 du code pénal⁴³ et d'autre part, les limites posées par la loi, la liberté du procureur est évidente d'autant qu'une fois la peine proposée et acceptée, celle-ci ne pourra plus être modifiée par le juge de l'homologation. Le ministère public joue donc un rôle majeur à ce stade de la procédure qui, il faut bien le reconnaître, constitue la phase principale au cours de laquelle le sort du prévenu est quasiment

41 Sont exclues les peines d'emprisonnement.

42 Art. 495-8 al. 4 *C. proc. pén.* ; Circulaire n° CRIM 2004-12 E8 du 2 septembre 2004 de présentation des dispositions de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité relatives à la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, BOMJ n° 2004/95, pts. 2.2 et 2.2.1.

43 « Lorsque la loi ou le règlement réprime une infraction, le régime des peines qui peuvent être prononcées obéit, sauf dispositions législatives contraires, aux règles du présent chapitre. Toute peine prononcée par la juridiction doit être individualisée. Dans les limites fixées par la loi, la juridiction détermine la nature, le quantum et le régime des peines prononcées en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur ainsi que de sa situation matérielle, familiale et sociale, conformément aux finalités et fonctions de la peine énoncées à l'article 130-1 » du code pénal. V. aussi art. 495-8 al. 1 *C. proc. pén.*

scellé. Or, si tout se joue en dehors de l'audience d'homologation, il y a bien un déplacement dans l'espace du traitement de l'affaire pénale. Ainsi, qu'il s'agisse des alternatives aux poursuites ou des modes de poursuite, on observe un mouvement d'externalisation du traitement des affaires pénales qui se manifeste d'ailleurs, au moins pour ce qui est des alternatives, par le recours à la sous-traitance de ce contentieux par des acteurs autres que les procureurs.

Outre ce phénomène d'externalisation du contentieux, on constate, en second lieu, un déplacement dans le temps du traitement des affaires, particulièrement de la contradiction et principalement en amont du procès⁴⁴. En effet, à l'occasion des différents modes de résolution du contentieux pénal, on observe que les procédures sont gérées au cours de la phase préparatoire, préalablement ou concomitamment à la décision d'orientation du dossier par le ministère public. À ce titre, les alternatives aux poursuites et l'ordonnance pénale ne prévoient pas la tenue d'un procès pénal, ce dernier n'ayant pas lieu d'être puisque tout se règle, ou presque, bien avant la phase décisive. De même, si la CRPC prévoit une audience d'homologation présidée par un magistrat du siège, cette audience ne peut être assimilée à une audience correctionnelle traditionnelle et ce pour plusieurs raisons. En effet, alors qu'au cours d'une audience correctionnelle classique, la présence du procureur est obligatoire⁴⁵, elle est facultative dans le cadre d'une CRPC. De plus, à l'occasion d'une audience classique le parquet est chargé de défendre les intérêts de la société et de démontrer que la culpabilité du prévenu est caractérisée avant de requérir une peine à son encontre. La détermination de la peine, quant à elle, relève de la seule compétence du juge, ce qui n'est pas le cas dans la procédure de CRPC. Dans cette procédure, l'aveu de culpabilité formulé par l'auteur présumé des faits et l'acceptation par ce dernier de la proposition de peine du procureur, rendent inutile, outre le débat contradictoire relatif à la culpabilité, tout débat sur la peine. Autrement dit, puisque tout se joue au cours de la phase de proposition de peine et que cette phase se situe en amont de la phase d'homologation, il y a donc bien un déplacement dans le temps du traitement du contentieux. Du reste, au cours de l'audience d'homologation de CRPC, le magistrat du siège ne choisit pas la peine mais procède uniquement à son homologation⁴⁶. Ainsi, quelle que soit la procédure, la phase décisive se résume à la validation par le juge des mesures proposées sur autorisation du procureur et acceptées par l'auteur de l'infraction. Les alternatives aux poursuites induisent donc assurément une modification de la structure du procès pénal par la suppression pure et simple de l'audience de jugement. Les procédures de jugement rapides permettent, quant à elles, de s'affranchir de l'audience pénale traditionnelle. Outre une restructuration évidente de ces phases, il est évident que s'opère un déplacement dans le temps de l'application du droit.

44 Pour ce qui est des formes de poursuite, la contradiction est également déplacée en aval du procès en cas d'appel.

45 V. art. 32 *C. proc. pén.* qui prévoit que toutes les décisions sont prononcées en présence du ministère public. V. également Cass. crim. 9 mai 1985, *Bull. crim.* n° 178 : à peine de nullité le ministère public ne doit pas s'absenter des débats ; Cass. crim. 26 mars 1996, *Bull. crim.* n° 134 : « si les articles 32, 486 et 510 du code de procédure pénale exigent que le ministère public, partie nécessaire au procès pénal, soit présent à chaque audience des juridictions de jugement, il résulte de l'article 592 du même code qu'à l'instar des magistrats composant la juridiction, il est présumé avoir assisté à toutes les audiences de la cause, dès lors qu'il a été entendu en ses réquisitions à celle des débats ; Cass. crim. 18 janv. 1995, *Bull. crim.* n° 27 : « la présence du ministère public s'impose à peine de nullité lors du prononcé de la décision ».

46 Pour un développement sur ce point, v. A. TALEB, « Le « plaider coupable » français : quel avenir pour l'audience de jugement ? », in J. LEBLOI-HAPPE et C.-F. STUCKENBERG (dir.), *Was wird aus der Hauptverhandlung ? Quel avenir pour l'audience de jugement ?*, 4^{es} rencontres du droit pénal franco-allemandes, Bonn University press, 2014, p. 221-247.

De ces quelques observations, il résulte que ces procédures renouvelées impliquent d'une part, une restructuration de la phase préparatoire par compression de l'avant-procès pénal et d'autre part, une restructuration de la phase décisive soit par la suppression pure et simple du procès pénal (tel est le cas des alternatives aux poursuites et de l'ordonnance pénale), soit de manière moins radicale, par la césure du procès pénal (tel est le cas de la CRPC).

Du reste, pour certains auteurs à l'occasion de la mise en œuvre des modes alternatifs de résolution des conflits, « le droit n'est pas complètement évacué mais il n'est pas appliqué de la même manière »⁴⁷. Ceci explique notamment que cette nouvelle application soit à l'origine des bouleversements que connaît actuellement notre justice pénale.

2. *La nouvelle application du droit et les transformations de la justice pénale*

La doctrine du *New Public Management*, développée sous le nom de *managerialism*, et qui vise à gérer l'ensemble des services publics comme s'il s'agissait d'entreprises privées, a imprégné tous les stades du processus judiciaire et particulièrement celui de l'avant-procès. En conséquence, « la politique criminelle s'inscrit désormais dans une logique d'efficience s'appuyant sur des indicateurs de performance »⁴⁸. La mise en place du TTR des infractions en atteste. En effet, le TTR qui remplace le flux pénal géré par courrier jugé trop lent, aléatoire et inefficace, permet de pallier les lenteurs de la justice pénale en lui permettant de « se doter d'un instrument synonyme de rapidité, d'efficacité, de réponse systématique »⁴⁹ tout en rassurant les populations, les politiques ainsi que les acteurs du processus judiciaire.

Tout comme les procédures d'urgence qui préexistent au TTR, ce dispositif permet l'accélération du temps judiciaire et notamment celle de l'avant-procès, le temps du parquetier empiétant sur celui du policier⁵⁰. Avant le TTR, la phase d'enquête ne se déroulait par échange d'informations téléphoniques qu'en cas d'urgence. Le plus souvent, l'échange par courrier conduisait à une décision différée sur l'action publique aboutissant entre le temps du policier et celui du parquetier à « une séquence d'inaction, propice à la cristallisation des situations, parfois au détriment des libertés individuelles, presque toujours en défaveur des victimes »⁵¹. De ce fait, le temps judiciaire traditionnel incluait le temps de l'enquête qui se distinguait clairement du temps de la poursuite. Mais la crise de la performance ayant gagné l'institution judiciaire, l'urgence s'est installée au cœur de la politique pénale afin de répondre aux attentes de la société, des victimes qui s'impatientaient, de l'élu qui protestait contre les lenteurs injustifiées de l'appareil judiciaire, des magistrats qui voyaient les dossiers s'accumuler et les délais d'audiencement s'allonger. Depuis l'institution du TTR, le temps de l'intervention du parquetier est désormais simultané ou quasi simultané au temps de la commission de

47 J.-B. RACINE, *Les modes alternatifs de résolution des conflits : approche générales et spéciale*, Centre de recherche en droit économique, Centre d'études et de recherches sur les contentieux, mars 2001, p. 3.

48 J.-P. JEAN, *Le système pénal*, op. cit., p. 56 ; J. DANET, *Justice pénale, le tournant*, op. cit., p. 157.

49 B. BASTARD ET C. MOUHANNA, « L'urgence comme politique pénale ? Le traitement en temps réel des affaires pénales », op. cit., p. 157.

50 Le temps du parquetier empiète également sur le temps du juge de manière plus ou moins radicale selon qu'il s'agisse des alternatives aux poursuites ou des procédures de jugement rapides.

51 D. PEYRAT, « La justice pénale de proximité : faire plus ou mieux faire ? », *Gaz. Pal.* 13 octobre 2001, n° 286, p. 2 et s.

l'infraction. Ainsi, en raison de l'échange téléphonique entre policiers et parquetiers, le TTR déplace l'action en amont de la chaîne pénale et contribue à ce que les temps du parquetier et du policier se chevauchent⁵². Voilà pourquoi le TTR, pour remédier à la lenteur de l'appareil judiciaire, opère une véritable compression de l'avant-procès pénal et accélère le temps judiciaire dès les premiers stades du processus.

L'avant-procès pénal est donc aménagé pour s'adapter à la nouvelle économie de la justice pénale reposant sur une nouvelle gestion du temps et intégrant des objectifs de rentabilité dans le traitement de la criminalité. Dans ce contexte, les procédures plus simples et plus rapides que les voies ordinaires, instituées en vue de diversifier les modes de traitement des affaires pénales, trouvent un terrain fertile à leur développement puisqu'elles visent à renforcer l'efficacité pénale par la suppression ou l'aménagement de certaines phases procédurales. Constituant une solution adaptée au ralentissement du processus judiciaire, le recours à ces procédés est donc encouragé dans le cadre de la mise en place de la logique gestionnaire. Ce faisant, la structure même de notre procédure pénale s'en trouve modifiée marquant ainsi le passage d'une vision traditionnelle du droit, disputée par les parties et tranchée par le juge, à une vision moderne du droit, discutée et décidée par les parties sous le contrôle du juge. Si, à première vue, cette nouvelle application du droit ne permet pas de conclure à une inapplication du droit, s'affranchir des méthodes traditionnelles du traitement des affaires pénales pourrait équivaloir à une sortie de la sphère du droit, à une « désapplication » du droit, voire à une inapplication du droit. Ainsi, « [d]ans la plupart des hypothèses, il est [...] probable que les modes alternatifs gravitent non pas dans une pure zone de non-droit mais plutôt dans une "zone grise" où le droit est présent mais de manière différente que devant le juge d'État ». En cela, « les modes alternatifs n'appartiennent pas complètement au droit »⁵³, pas tel qu'on le connaît traditionnellement.

Mais aujourd'hui force est de constater que le système s'essouffle, les procédures s'allongent au point qu'il convient finalement de se demander si l'on ne se dirige pas vers une multiplication des cas d'inapplication du droit.

B. Vers la multiplication des cas d'inapplication du droit ?

Depuis quelques années déjà, le constat dressé est celui d'une crise de l'institution judiciaire et particulièrement du ministère public (1). Pour remédier à cette situation, des réflexions sont bien évidemment menées au plan national et des solutions de sortie de crise sont proposées afin de ne pas créer des situations propices à l'inapplication du droit (2).

52 La décision d'orientation du dossier du parquetier dans le cadre du TTR est, en principe, prise lors de la phase de l'enquête alors que le mis en cause, placé en garde à vue, se trouve dans les locaux des services d'enquête. V. B. BRUNET, « Le traitement en temps réel : la justice confrontée à l'urgence comme moyen habituel de résolution de la crise sociale », *Droit et société* 1998, n° 38, p. 95-96 ; C. MIANSONI, « La nature juridique du traitement en temps réel des procédures pénales (TTR) », *Aj pénal* 2012, p. 152-156.

53 J.-B. RACINE, *Les modes alternatifs de résolution des conflits : approche générales et spéciale*, Centre de recherche en droit économique, *op. cit.*

1. *Le constat de la crise du ministère public*

On remarque qu'avec cette nouvelle application du droit, le contradictoire se déplace en amont du processus pénal d'où la nécessité d'une réglementation accrue de cette phase procédurale, l'autorité des poursuites devenant ainsi le rouage central de la chaîne pénale. Or, le législateur, en confiant au procureur de nouvelles attributions dont certaines supposent l'exercice de fonctions quasi juridictionnelles, lui fait supporter une nouvelle charge de travail considérable. Ainsi, sans résoudre véritablement le problème, le législateur n'a fait que déplacer des points de blocage du processus pénal et a contraint les procureurs à mettre en place un mécanisme de délégation en cascade. Pour reprendre les termes du conseiller à la Cour de cassation Jacques Buisson, il s'agit là d'une « délégation par difficulté d'exécution de mission »⁵⁴ mise en place afin de permettre au « procureur [...], de mener à bien la mission qui lui a été impartie par la loi en matière d'alternatives »⁵⁵ aux poursuites.

À cet égard, il y a quelques années, le garde des Sceaux a confié au magistrat Jean Louis Nadal le soin de présider une commission composée notamment de magistrats, d'universitaires et d'avocats, chargée d'engager une réflexion sur la conduite et la déclinaison de la politique pénale, sur la redéfinition des champs de compétence du parquet ainsi que sur son organisation. Cette mission relative à la modernisation de l'action publique s'inscrivait dans un contexte marqué par l'accroissement et la diversification des missions du parquet en raison de l'augmentation régulière du volume de procédures à traiter. Alors que la Commission s'était notamment interrogée sur les capacités d'adaptation des acteurs de terrain qui dans pareille situation trouvent leurs limites, le rapport Nadal de novembre 2013 posait déjà le constat résultant, entre autres, d'un décalage entre les missions et les moyens du parquet.

Sur ce point, il y était indiqué qu'« [e]ntre classement et poursuite, le parquet a par ailleurs ouvert une «troisième voie» : celle, en expansion constante, des mesures alternatives aux poursuites pénales. La loi lui a en outre accordé, en instaurant les procédures de composition pénale et de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, de se muer en quasi-juge, au risque d'une certaine perte des repères »⁵⁶.

Plus encore, le rapport déplorait le peu de moyens alloués au ministère public alors que son domaine d'intervention ne cesse de s'étendre.

La crise que connaît le parquet est donc multiforme et le bilan qu'il nous est donné de dresser en 2018 n'est guère plus réjouissant. C'est en effet le message d'alerte lancé par la Conférence nationale des procureurs de la République qui dans son livre noir⁵⁷ décrit une justice pénale « en voie de clochar-

54 J. BUISSON, « Les auxiliaires délégués de la justice pénale », *RPDP* 2005, p. 830.

55 *Idem*.

56 J.-L. NADAL, *Refonder le ministère public*, Commission de modernisation de l'action publique, Rapport à Mme la garde des sceaux, ministre de la justice, novembre 2013, www.justice.gouv.fr, p. 3.

57 CONFÉRENCE NATIONALE DES PROCUREURS DE LA RÉPUBLIQUE, *Le livre noir du mystère public – Propositions pour la Justice*, juin 2017, <https://lesjours.fr>

disation ». À bout de souffle, « [l]a justice va mal. Ses délais ne cessent de s'allonger »⁵⁸. Alors qu'elle dispose de moyens toujours plus limités (effectifs et budget inférieurs à la moyenne européenne)⁵⁹, on exige de la justice pénale toujours plus de résultats, de surcroît dans un contexte d'« hyper-inflation normative : législative ou jurisprudentielle, supranationale [...] comme nationale [...] » jugée destructrice. Ainsi, le code pénal qui en 1981 comptait 1 118 pages en compte 3 055 en 2017 et le code de procédure pénale de 2018 en contient 2 828 contre 849 pages en 1981 ! La charge de travail des procureurs, qui sont plus chargés en attributions et en procédures, ne cesse dès lors de s'amplifier. Ceux-ci, pris dans l'engrenage judiciaire, sont noyés dans la masse des flux pénaux et ne parviennent que très difficilement à honorer leurs missions. La « misère » de la justice est donc clairement dénoncée puisque les délais de traitement et d'audiencement des affaires pénales sont allongés de même que les délais d'exécution des sanctions pénales lorsqu'enfin l'affaire pénale est jugée.

Dans pareille situation, le risque d'une application tardive du droit, d'une application ineffective du droit est réel ; ce qui revient purement et simplement à une inapplication du droit. Il faut donc sans plus tarder redéfinir les priorités de la justice pénale pour lutter contre ces risques d'inapplication du droit.

2. Les actions à mener pour prévenir l'inapplication du droit

Les termes choisis par la Conférence nationale des procureurs il y a quelques années déjà sont particulièrement révélateurs de la gravité de la situation actuelle. Celle-ci a en effet lancé l'alerte en déclarant que « sous l'avalanche des textes qui modifient sans cesse le droit et les pratiques, souvent dans l'urgence, sans étude sérieuse d'impact, et au nom de logiques parfois contradictoires, les magistrats du parquet n'ont plus la capacité d'assurer leur mission d'application de la loi »⁶⁰. À moins d'une réforme constructive et cohérente pour une application effective du droit, l'inapplication du droit est donc bien à craindre.

Pour cela, selon la Conférence nationale des procureurs, l'excès de production de normes est à bannir de manière à rétablir un rythme de modification des normes réaliste c'est-à-dire compatible avec les moyens de l'institution judiciaire. Toute modification significative devrait au préalable faire l'objet d'une évaluation d'impact et s'inscrire dans le cadre d'une action coordonnée. Il faudrait par

58 MISSION D'INFORMATION SUR LE REDRESSEMENT DE LA JUSTICE, Rapport n° 495 enregistré à la Présidence du Sénat le 4 avril 2017, <https://www.senat.fr>, p. 9.

59 V. COMMISSION EUROPÉENNE POUR L'EFFICACITÉ DE LA JUSTICE (CEPEJ), *Systèmes judiciaires européens, efficacité et qualité de la justice*, Etudes de la CEPEJ n° 23, édition 2016 (données 2014), www.coe.int.fr. V aussi MISSION D'INFORMATION SUR LE REDRESSEMENT DE LA JUSTICE, Rapport n° 495, *op. cit.*, p. 52-53.

Certes, « le président du groupe de travail chargé d'établir ce rapport, M. Jean-Paul Jean, a précisé qu'il était important de pouvoir situer la France par rapport à des pays comparables tant en termes de niveau de richesse, que d'architecture et de fonctionnement du système judiciaire dans son ensemble [...]. [Mais] [s]elon le rapport de la commission européenne pour l'efficacité de la justice, le montant annuel du budget par habitant consacré au système judiciaire est assez faible, puisque la France n'y consacre que 64 euros en moyenne, ce qui la place assez loin du niveau de dépenses consenti par des pays dont les structures sont comparables comme l'Autriche (96 euros), la Belgique (85 euros) ou l'Italie (73 euros). Si l'on rapproche ce niveau de dépenses en faveur de la justice du produit intérieur brut par habitant, qui est un bon indicateur de comparaison en zone euro, à niveau de richesse comparable, les Pays-Bas réalisent un effort budgétaire presque deux fois plus important que la France en faveur de leur système judiciaire [...]. [L]e procureur français serait, selon cette étude comparative de référence, l'un des magistrats dont la charge de travail est la plus importante en Europe. La France compte en effet seulement 2,8 procureurs pour 100 000 habitants, contre 7,6 en Belgique ou 4,7 aux Pays-Bas ».

60 C. RASTELLO, « Justice : même les procureurs n'en peuvent plus ! », *Le Nouvel Observateur*, 8 décembre 2011, <https://www.nouvelobs.com>.

ailleurs repenser les notions de proximité et d'universalité. La proximité ne doit plus se concevoir uniquement de manière géographique car, à l'ère du tout numérique et en raison de la dématérialisation en cours des procédures, la proximité physique n'est plus requise. Par ailleurs, une modernisation de l'organisation judiciaire est nécessaire et avec elle, une réduction des cours d'appel et une fusion des tribunaux de grande instance et d'instance. Quant à l'universalité de la compétence des magistrats, elle est aujourd'hui utopique car « [l']inflation législative, l'obsolescence rapide des normes, leur concurrence, la complexification des règles font que la force du magistrat est désormais dans sa spécialisation tant en matière civile que pénale »⁶¹.

Outre l'évolution statutaire constitutionnelle du parquet, il faudrait également envisager de renforcer les moyens à la disposition de l'institution judiciaire et particulièrement ceux des magistrats du parquet. Il a été souligné que les procureurs français sont les moins nombreux et les moins assistés d'Europe. Il faudrait alors accroître les effectifs pour que ceux-ci soient en conformité aux standards européens. Si l'expérience des greffiers assistants des magistrats a été concluante et doit être pérennisée, si la loi du 18 novembre 2016 a créé un nouveau statut de juriste assistant⁶² qui ne doit pas se confondre avec celui d'assistant de justice, la plupart des parquets ne dispose, pour l'instant, ni de greffiers assistants du magistrat, ni de juristes assistants. Du reste, il faudrait dans le même temps définir précisément les domaines de compétence de chacun et anticiper les éventuels transferts de pouvoirs quasi juridictionnels dans un contexte de diversification des profils des personnes amenées à exercer des activités relevant à l'origine de la compétence exclusive des magistrats. Enfin et surtout, sécuriser, simplifier et adapter le droit processuel aux évolutions de la société est une priorité. Pour ce faire, il faut d'une part, bannir « la pénalisation à outrance qui ne sert qu'à masquer l'incapacité des administrations publiques à mettre en œuvre et faire respecter le droit » et d'autre part, simplifier les procédures dont la complexité et les conséquences tirées des nullités paralysent certains services d'enquête et conduisent à leur inaction.

Ceci étant, quelles perspectives d'évolution peut-on raisonnablement envisager pour lutter contre le risque d'inapplication du droit qui résulterait d'une application tardive et ineffective de la loi ? Alors que les axes de la réforme des chantiers de la Justice ont été présentés à Reims le 9 mars 2018, le Conseil d'État a rendu le 12 avril 2018 son avis concernant le projet de loi de programmation de la justice présenté en conseil des ministres⁶³. Rappelons que la simplification de la procédure pénale, la transformation numérique et l'adaptation de l'organisation judiciaire sont au cœur de la réforme en cours.

Sans être exhaustive, mentionnons que le Conseil d'État a d'abord indiqué que « [p]our mettre en œuvre les objectifs qu'il fixe pour les années 2018 à 2022, le Gouvernement prévoit une progression de 24 % des crédits budgétaires de l'ensemble des programmes de la mission « Justice » et la création de 6 500 emplois sur la même période »⁶⁴. Ensuite, il a relevé que « la fusion/absorption des tribunaux

61 CONFÉRENCE NATIONALE DES PROCUREURS DE LA RÉPUBLIQUE, *Le livre noir du mystère public – Propositions pour la Justice*, op. cit., p. 14.

62 L. n° 2016-1547 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, op. cit., art. 24.

63 CONSEIL D'ÉTAT, *Avis sur un projet de loi de programmation pour la justice 2018-2022*, 12 avril 2018, www.conseil-etat.fr

64 *Ibidem*, p. 3.

d'instance par les tribunaux de grande instance préserve le maillage de la présence judiciaire et, partant, l'accessibilité de la justice »⁶⁵. Le Conseil d'État a ensuite notamment logiquement validé l'extension des alternatives aux poursuites et des procédures de jugement des délits (ordonnance pénale et CRPC) à la condition que « l'auteur d'une infraction pénale ne conteste ni sa culpabilité ni la peine ou la mesure qu'il est envisagé de lui imposer »⁶⁶. Ce faisant, le Conseil d'État encourage les mesures tendant à favoriser un traitement rapide et efficace de la procédure dès lors que des garanties assurent que le mis en cause a pu consentir de manière libre et éclairée à reconnaître sa culpabilité et à accepter la peine ou la mesure proposée. Mais de manière plus surprenante, alors que l'on se souvient du tollé qu'avait provoqué le projet de loi relatif à l'injonction pénale censurée par le Conseil constitutionnel⁶⁷, la possibilité de faire abstraction de l'intervention du juge à l'occasion d'une composition pénale lorsque le délit est puni d'une peine d'emprisonnement inférieure à trois ans, est admise. Si les orientations présentées semblent tenir compte de certaines revendications et des grands défis de la Justice du XXI^e siècle, des ajustements seront encore très certainement nécessaires.

65 *Ibidem*, p. 34.

66 *Ibidem*, p. 22. Il est toutefois regrettable que les procédures d'ordonnance pénale et de CRPC soient incluses au sein de la catégorie des alternatives aux poursuites alors qu'il s'agit de procédures de jugement des délits.

67 Cons. const., décision n° 95-360 DC du 2 février 1995, loi relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, www.conseil-constitutionnel.fr. Le Conseil Constitutionnel considéra qu'accorder à une autorité de poursuite le pouvoir de prononcer une condamnation était attentatoire aux libertés individuelles.

**LE POUVOIR DE SANCTION DES AUTORITÉS DE RÉGULATION :
VERS LA RECONNAISSANCE D'UN DROIT À L'INAPPLICATION DU DROIT
AU PROFIT DES OPÉRATEURS ÉCONOMIQUES ?**

Christos KALOUDAS¹

Résumé

L'étude du pouvoir de sanction des autorités de régulation sous le prisme du concept d'inapplication du droit implique d'opérer deux distinctions essentielles. D'abord, il convient de distinguer entre le prononcé ou non d'une sanction (la sanction elle-même) et la procédure de sanction. Ensuite, il faut distinguer entre inapplication du droit « de fait » et inapplication du droit « de droit ». L'inapplication du droit « de fait » en matière de régulation est liée à la pratique des autorités de régulation quant au prononcé effectif ou non des sanctions. En effet, dans la mesure où certaines autorités de régulation sanctionnent moins que les autres, il se pose la question de savoir si ce fait pouvait conduire les opérateurs relevant de leur champ de compétence à ne pas appliquer les règles dont ils sont les destinataires. En revanche, la problématique de l'inapplication du droit « de droit » est liée à la procédure de sanction : la mise en demeure, partie intégrante des dispositifs de sanction en matière de régulation, est un mécanisme prévu par le droit lui-même, qui laisse une certaine place à l'inapplication du droit. Or, cette inapplication n'est que temporaire et s'inscrit dans l'objectif de renforcer l'efficacité du pouvoir de sanction des autorités de régulation.

Abstract

Studying the sanctioning power of sectoral regulatory authorities through the prism of non-application of law implies making two essential distinctions. Firstly, it is necessary to distinguish between the decision pronouncing a sanction (the sanction itself) and the procedure of sanction. Secondly, a clear distinction has to be made between non-application of law «de facto» and non-application of law «de jure». On the one hand, the concept of non-application of law «de facto» is linked, in the area of sectoral regulation, to the practice of regulatory authorities in the field of sanctions. Given that some regulatory authorities impose less sanctions than others, the question

1 Docteur en droit de l'Université Paris II.

arises as to whether this fact could offer to operators falling under the scope of those authorities the choice of non-application of rules that apply to them. On the other hand, the question of non-application of law «de jure» is linked to sanction procedure : formal notice procedure, which forms a necessary part of sanction procedure in sectoral regulation, is a mechanism provided for by law itself, which leaves space however for non-application of law. Nevertheless, this lack of application is only temporary and contributes to achieving the objective of strengthening the efficiency of the sanctioning power that hold sectoral regulatory authorities.

Le titre de la présente contribution se veut provocateur : d'un côté est évoqué le pouvoir de sanction des autorités de régulation, pouvoir qui est censé ne laisser a priori aucune place à l'inapplication du droit. Lorsqu'une autorité se voit attribuer un pouvoir de sanction, c'est pour pouvoir, le moment venu, punir et, de ce fait, dissuader. En somme, pour assurer l'application effective du droit. De l'autre côté, une allusion est faite à un quelconque « droit » à l'inapplication du droit au profit des opérateurs économiques, allusion qui pourrait surprendre.

En effet, si le propre du pouvoir de sanction est d'assurer l'application effective du droit, comment pourrait-on envisager l'hypothèse d'un « droit » même à l'inapplication du droit au profit d'une personne concernée par un dispositif de sanction ? Ne serait-il pas problématique de mettre dans une même phrase la sanction et l'inapplication du droit, en faisant de l'inapplication du droit un « droit » même, émanant du pouvoir de sanction lui-même ?

Il convient d'abord d'apporter quelques précisions terminologiques, avant de tenter de répondre à toutes ces questions. Aux fins de cette présentation, sous le terme « autorités de régulation » seront entendues celles qui ont pour mission d'encadrer l'activité des opérateurs au sein d'un secteur économique donné. Il s'agit des autorités de régulation sectorielles, de ces organismes qui, revêtant la forme d'autorités administratives ou d'autorités publiques indépendantes, sont compétents pour réguler un marché donné. C'est notamment le cas des trois autorités dont la compétence consiste à réguler les marchés des services en réseau : l'Arcep, la CRE et l'Arafer.

Or, l'analyse sera enrichie par des exemples tirés de l'activité de sanction de l'AMF, autorité de régulation économique qui est très active en matière de sanction, et du CSA. Ce choix s'explique par les enjeux particuliers que revêt l'exercice du pouvoir de sanction dans l'ensemble des secteurs économiques : le risque de sanction et la teneur estimée de celle-ci rentrent, dans ces secteurs, dans la stratégie des opérateurs, qui, en cas de sanctions inexistantes ou faibles par rapport à la violation commise, auraient intérêt à ne pas appliquer les règles régissant leur activité ou, en toute hypothèse, à moduler leurs choix en fonction du risque de sanction estimé.

Quant à l'Autorité de la concurrence, même si le Conseil d'État, dans l'arrêt *Numericable* du 21 mars 2016², l'assimile aux autorités de régulation économique, elle ne sera pas rangée parmi les autorités de régulation faisant partie de cette contribution. Nous resterons ainsi fidèles à l'idée

² CE, 21 mars 2016, *Société NC Numericable*, n° 390023.

classique selon laquelle l'Autorité de la concurrence, autorité intervenant ex post, est compétente pour caractériser les comportements anticoncurrentiels et pour sanctionner leurs auteurs, à la différence des autorités sectorielles qui, intervenant ex ante, sont appelées à « déterminer le cadre dans lequel peuvent évoluer les opérateurs au regard des objectifs de régulation qui [leur] sont assignés par la loi, pour assurer le fonctionnement optimal du marché »³.

Ensuite, le concept d'inapplication du droit, dans le cadre duquel s'intègre la présente contribution, aurait, à notre sens, un contenu large. En effet, « inapplication du droit » signifierait non seulement « violation du droit », mais aussi « mise à l'écart » ou, tout simplement, « non-application » du droit, ne serait-ce que temporairement.

Dans un article consacré au régime des sanctions administratives prononcées par les autorités de régulation, Stéphane Hoynck réutilise une citation tirée du film *Sanjuro* du cinéaste Akira Kurosawa : « L'épée la plus puissante est celle qui reste dans son fourreau »⁴. Bien que *Sanjuro* soit un film de samouraï, il ne comprend pas plusieurs scènes de combats armés. Le protagoniste n'est pas un samouraï comme les autres. Il préfère convaincre par l'intensité de ses expressions que recourir aux armes, même s'il les manie parfaitement.

Dans le résumé qui accompagne le programme de la présente journée d'études est noté que : « [...] le fonctionnement normal du système juridique appelle le respect de l'obligation primaire ou le prononcé d'une sanction, chacune des branches de l'alternative manifestant sous une forme différente l'effectivité de l'ordre juridique »⁵. Effectivement, dans tout système normatif, la sanction est un instrument qui intervient ex post, après qu'une violation aura été commise, afin de réprimer son auteur. En sus de sa fonction répressive, la sanction a une finalité dissuasive : elle ne vise pas seulement à réprimer une inapplication du droit, voire une violation du droit déjà commise, mais également à contraindre tous les destinataires de la règle de droit à l'appliquer. Cette double fonction de la sanction, préventive et répressive, est perceptible dans tous les domaines d'activité couverts par un dispositif de sanction : aucune spécificité propre à la régulation n'est à remarquer à cet égard.

La particularité en matière de régulation réside plutôt dans la manière dont sont construites toutes les procédures de sanction et dans l'usage différencié que les autorités de régulation font de leur pouvoir de sanction. Le législateur a doté toutes ces autorités d'un pouvoir de sanction et tend progressivement à renforcer ce pouvoir⁶, ce qui devrait a priori avoir pour conséquence l'application effective, par les opérateurs, du droit applicable à leur activité. Or, l'observation de la pratique des autorités de régulation en matière de sanction ces dernières années fait apparaître leurs divergences quant au principe même ou à la fréquence du recours à la sanction : l'Arafer n'a émis aucune sanction à ce jour et la CRE n'a prononcé ses premières décisions de sanction que très récemment,

3 Arcep, *Lignes directrices. Partage de réseaux mobiles*, mai 2016, p. 3.

4 S. HOYNCK, « L'obscurité du régime des sanctions administratives prononcées par les autorités de régulation », *RJEP*, 2014, n° 724, rep. 10, p. 1-2, spéc. p. 2.

5 V. ici : <https://univ-droit.fr/actualites-de-la-recherche/manifestations/24338-l-inapplication-du-droit>.

6 Sur les évolutions récentes de la réglementation, renforçant ce pouvoir, v. Th. PEZ, « Les attributions des autorités de régulation économique », *RFDA*, 2017, n° 1, p. 42-56.

à la différence de l'Arcep qui a déjà sanctionné à quelques reprises depuis le rétablissement de son pouvoir de sanction ou de l'AMF qui sanctionne assez souvent et pour des montants élevés.

Mais si les autorités de régulation ne sanctionnent pas, comment faire en sorte que les opérateurs appliquent finalement les règles qui leur sont destinées ? Si les opérateurs savent à l'avance qu'ils ne seront pas sanctionnés lorsqu'ils n'appliquent pas le droit qui régit leur activité, ne seraient-ils pas tentés de le laisser inappliqué, voire de faire de cette non-sanction « de fait » un élément de leur stratégie ?

Par ailleurs, certains dispositifs en matière de sanction, comme la mise en demeure, semblent laisser une certaine place à la non-application du droit ou, au moins, à son application non-immédiate.

À l'inapplication du droit « de fait » due à la pratique des autorités de régulation, ne s'ajouterait-il pas, dans cette hypothèse, une forme d'inapplication du droit « de droit », dans le sens où elle serait au moins tolérée par le droit lui-même, au point de considérer que se construit un « droit » à l'inapplication du droit au profit des opérateurs ?

Pour répondre à cette question, il convient de mener une distinction qui nous semble fondamentale en matière de régulation : en effet, il faut bien distinguer, en l'espèce, entre le prononcé effectif d'une sanction (la sanction elle-même) et la procédure de sanction⁷. Le prononcé effectif d'une sanction est la dernière étape de la procédure de sanction. C'est la réponse des autorités de régulation aux opérateurs qui persistent à ne pas se conformer à telle ou telle obligation, malgré le rappel adressé dans le cadre de la phase de mise en demeure, étape en principe obligatoire avant le prononcé d'une sanction par les trois autorités de régulation sectorielles (CRE⁸, Arcep et Arafér).

La problématique de l'inapplication du droit « de fait » en matière de régulation est liée au prononcé effectif ou non des sanctions : si la pratique d'une autorité de régulation consiste à ne pas infliger des sanctions, il se pose la question de savoir si ce fait pourrait conduire les opérateurs à ne pas appliquer les règles dont ils sont les destinataires. En revanche, la problématique de l'inapplication du droit « de droit » est liée à la procédure de sanction : les différents dispositifs de sanction en matière de régulation prévoient des mécanismes laissant une certaine place à l'inapplication du droit, même si elle reste temporaire. L'inapplication du droit est, dans ce cas, une situation tolérée par le droit lui-même : elle résulte des règles régissant la procédure de sanction.

On verra que cette distinction entre pratique de sanction/ inapplication du droit « de fait » et procédure de sanction/ inapplication du droit « de droit » n'est pas absolue. Comme le prononcé effectif ou non d'une sanction dépend de l'issue de la procédure de sanction, on comprend que la non-sanction est loin d'être systématiquement une simple situation « de fait » due à la carence de l'autorité qui en est à l'origine : cette non-sanction peut notamment résulter de la conformité de

⁷ Sur cette distinction, v. Ch. LE BIHAN-GRAF et P. COURTADE, « La place de la sanction dans la pratique des autorités de régulation économiques sectorielles », *Énergie-Environnement-Infrastructures*, 2018, n° 2, étude 3, notamment pts 4, 11 et 12.

⁸ La CRE peut sanctionner sans mise en demeure préalable en cas de non-respect d'une décision de règlement de différends (art. L. 134-28 du code de l'énergie) ou de manquement au règlement REMIT (art. L. 134-26 du code de l'énergie).

l'opérateur concerné à la mise en demeure qui lui a été adressée dans le cadre de la procédure de sanction, la mise en demeure permettant « juste » une inapplication temporaire du droit qui s'étale entre le moment où devait être remplie l'obligation initiale et la fin du nouveau délai donné par l'autorité de régulation à l'opérateur concerné dans la mise en demeure pour s'y conformer.

Ainsi, lorsqu'une procédure de sanction est déclenchée, la seule inapplication du droit vraiment envisageable est une inapplication temporaire, inapplication « de droit », dans la mesure où elle est tolérée par le dispositif de sanction lui-même. Si l'opérateur persiste à ne pas appliquer le droit, il devrait être sanctionné. Par conséquent, il ne faudrait pas penser que la pratique de non-sanction systématique de certaines autorités de régulation traduirait dans tous les cas une inertie de leur part qui rendrait inefficace leur pouvoir de sanction.

Malgré son caractère relatif, la distinction entre la pratique de (non-)sanction pouvant conduire à une inapplication du droit « de fait » et la procédure de sanction qui permettrait une inapplication du droit « de droit » sera placée au cœur de cette contribution. En effet, ce schéma refléterait, à notre sens, toute l'originalité du pouvoir de sanction des autorités de régulation et traduirait au mieux les rapports entre ce pouvoir et le concept d'inapplication du droit : partant des concepts d'inapplication du droit « de fait » et « de droit » tels qu'associés au pouvoir de sanction des autorités de régulation, quelqu'un pourrait légitimement penser qu'une sorte de « droit » à l'inapplication du droit serait en train de se construire au profit des opérateurs ; or, comme il a déjà été noté, une telle idée méconnaîtrait la réalité du pouvoir de sanction des autorités de régulation, qui est orienté avant tout vers la recherche de la conformité à la règle, cette conformité traduisant, même si elle intervient quelque peu tardivement, la restauration de l'équilibre sur le marché et, dès lors, la réussite de la régulation. C'est sous cet angle que doit être examinée la distinction entre pratique de (non-)sanction/ inapplication du droit « de fait » (Partie I) et procédure de sanction/ inapplication du droit « de droit » (Partie II).

I. La pratique des autorités de régulation en matière de prononcé des sanctions : vers une inapplication du droit « de fait » ?

Prérogative commune aux différentes autorités de régulation, le pouvoir de sanction n'est pas juste un complément de leur pouvoir de régulation, mais une composante à part entière de ce dernier. Les sanctions forment, avec les autorisations, les actes réglementaires et les actes de règlement des différends, ce que l'on qualifie dans nos travaux de thèse d'« actes administratifs unilatéraux de régulation »⁹, la notion d'acte administratif unilatéral étant entendue ici comme synonyme de la décision administrative, afin qu'elle se distingue de l'autre source normative de la régulation que sont les actes de droit souple, source qui devient de moins en moins autonome, au moins sur le plan contentieux, après les arrêts du Conseil d'État *Fairvesta* et *Numéricable*¹⁰.

⁹ Ch. KALOUDAS, *Les actes administratifs unilatéraux de régulation*, Thèse dactylographiée (dir. Y. GAUDEMET), Université Panthéon-Assas, 2016.

¹⁰ CE, Ass., 21 mars 2016, *Société Fairvesta International GmbH et a.*, n° 368082, 369083 et 368084 ; CE, Ass., 21 mars 2016, *Société NC Numericable*, *op. cit.*

Le meilleur moyen de comprendre comment chaque autorité de régulation appréhende son pouvoir de sanction est d'étudier ses rapports annuels. Ces rapports, qui sont disponibles sur les sites internet des différentes autorités de régulation, contiennent des informations précieuses sur leur activité normative, contentieuse et non-contentieuse. Ils permettent, entre autres, d'obtenir des éléments sur le nombre de sanctions adoptées au cours de l'année et, partant, de comprendre la pratique de chaque autorité. L'étude des rapports récents des autorités de régulation¹¹ fait apparaître une divergence importante entre elles en ce qui concerne le nombre de sanctions effectivement prononcées.

En effet, alors que le législateur a doté toutes les autorités de régulation d'un pouvoir de sanction (A), celles-ci ne prononcent pas des sanctions avec la même fréquence (B), ce qui pourrait laisser penser que dans les secteurs où les taux de sanction effective sont minimes ou inexistantes, pourrait émerger une sorte d'inapplication du droit « de fait », initiée par la pratique des autorités de régulation.

A. Une convergence des pouvoirs : le pouvoir de sanction, une prérogative commune aux autorités de régulation

Le champ du pouvoir de sanction des autorités de régulation est limité au secteur qu'elles sont appelées à réguler. Les sanctions qu'elles prononcent peuvent être pécuniaires ou « matérielles » conduisant, par exemple, au retrait d'une licence délivrée par telle ou telle autorité. Les plafonds des sanctions pécuniaires susceptibles d'être prononcées sont déterminés par référence au chiffre d'affaires des opérateurs concernés. Ces plafonds ne sont pas les mêmes pour toutes les autorités de régulation.

Le pouvoir de sanction de l'Arcep est défini dans les articles L. 5-3 du code des postes et des communications électroniques (ci-après « CPCE ») en ce qui concerne le secteur postal et dans l'article L. 36-11 du CPCE concernant le secteur des communications électroniques. La loi pour une République numérique¹², dite « loi Lemaire », a renforcé le pouvoir de l'Arcep en matière de contrôle de la qualité du service universel, en augmentant les sanctions qu'elle peut infliger à l'opérateur du service universel lorsqu'il ne se conforme pas à ses obligations¹³. Cette loi a également institué un nouveau type de pouvoir au profit de l'Arcep en matière de sanction : lorsqu'il y a un risque caractérisé qu'un opérateur ne respecte pas ses obligations à l'échéance initialement fixée, l'Arcep peut le mettre en demeure de s'y conformer par anticipation. Ce pouvoir de mise en demeure « anticipée » est notamment important « [...] pour permettre d'assurer l'effectivité d'obligations s'inscrivant dans la durée et assorties d'échéances [...] »¹⁴.

11 Ces rapports sont disponibles en ligne sur les sites internet des autorités. Pour l'Arcep : <https://www.arcep.fr/larcep/les-rapports-publics-dactivite-de-larcep.html> ; en ce qui concerne la CRE : <https://www.cre.fr/Documents/Publications/Rapports-d-activite> ; pour l'Arafer : <https://www.arafer.fr/rapports-dactivite/> ; concernant l'AMF : <https://www.amf-france.org/Publications/Rapports-annuels/Rapports-annuels-de-l-AMF/Dernier-publie> et pour le CSA : <https://www.csa.fr/Informer/Informations-publiques-et-ressources-humaines/Les-rapports-annuels-et-bilans-du-CSA>.

12 Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique, *JORF* n° 0235 du 8 octobre 2016.

13 Pour une présentation synthétique des modifications apportées par cette loi au pouvoir de sanction de l'Arcep, v. Th. PEZ, « Les attributions des autorités de régulation économique », *op. cit.*, pt 49.

14 Arcep, Avis n° 2015-1316 du 12 novembre 2015 relatif au projet de loi pour une République numérique, *JORF* n° 0235 du 8 octobre 2016.

En matière d'énergie, le Comité de règlement des différends et des sanctions (ci-après « CoRDIS ») de la CRE dispose du pouvoir de sanctionner différents manquements mentionnés dans le code de l'énergie. En effet, une procédure de sanction peut être ouverte dans le cas d'un manquement prévu aux titres I et II du livre I (respectivement : « Les principes régissant les secteurs de l'énergie » et « Les obligations de service public et la protection des consommateurs »), ainsi qu'aux livres III et IV du code de l'énergie (respectivement : « Les dispositions relatives à l'électricité » et « Les dispositions relatives au gaz »)¹⁵. Par ailleurs, le CoRDIS est compétent pour sanctionner des manquements répétés aux règles d'indépendance¹⁶ et des abus du droit d'ARENH¹⁷. En outre, depuis la loi n° 2013-312 du 15 avril 2013, son pouvoir de sanction s'étend aux manquements au règlement européen du 25 octobre 2011 concernant l'intégrité et la transparence des marchés de gros (REMIT)¹⁸. Finalement, le CoRDIS peut réprimer le non-respect d'une décision de règlement des différends¹⁹.

Les sanctions pécuniaires prononcées par le CoRDIS peuvent atteindre, dans la plupart des manquements, 8 % du chiffre d'affaires de l'opérateur concerné, porté à 10 % en cas de nouvelle violation de la même obligation²⁰.

Concernant les marchés ferroviaire et autoroutier, l'Arafer peut sanctionner, entre autres²¹, les manquements d'un gestionnaire d'infrastructure, d'un exploitant d'installation de service, de la SNCF, d'une entreprise ferroviaire ou d'un autre candidat, aux obligations leur incombant au titre de l'accès au réseau ou de son utilisation, ainsi que les violations de l'obligation de communication de documents et d'informations²².

Les sanctions pécuniaires prises par l'Arafer ne peuvent pas excéder 3 % du chiffre d'affaires hors taxes du dernier exercice clos réalisé en France par l'entreprise sanctionnée, porté à 5 % en cas de nouvelle violation de la même obligation.

Si toutes les autorités de régulation disposent d'un pouvoir de sanction, elles n'y ont pas recours à la même fréquence, cette divergence ne nous paraissant pas pouvoir être justifiée par une quelconque particularité de leur secteur d'intervention. Il semblerait a priori logique de croire que lorsqu'une autorité de régulation ne sanctionne pas ou lorsqu'elle sanctionne peu, elle ne réussirait pas à inciter suffisamment les opérateurs relevant de son champ d'action à appliquer le droit. Le réconfort des opérateurs induit par cette « indulgence » ne donnerait-il pas lieu, dans cette hypothèse, à une inapplication du droit ou, tout au plus, à son application sélective ?

15 Code de l'énergie, art. L. 134-25, al. 1.

16 Code de l'énergie, art. L. 134-25, al. 2.

17 Code de l'énergie, art. L. 134-26.

18 Code de l'énergie, art. L. 134-25, al. 3.

19 Code de l'énergie, art. L. 134-28.

20 Code de l'énergie, art. L. 134-27.

21 Pour une présentation complète des cas d'ouverture de sanction par l'Arafer, v. ici : <https://www.arafer.fr/dossiers-thematiques/la-procedure-de-sanction/>.

22 Code des transports, art. L. 1264-7 à L. 1264-10.

B. Une divergence dans la pratique de sanctions : la non-sanction, source d'inapplication du droit « de fait » ?

Appliqué aux autorités de régulation, le concept d'inapplication du droit implique de les envisager sous l'angle de leur pratique en matière de sanction. La lecture comparée de leurs récents rapports publics annuels fait apparaître d'importantes différences parmi ces autorités quant au nombre de sanctions adoptées. Ainsi, si elles partagent le fait d'avoir un pouvoir de sanction, elles divergent concernant l'usage de ce pouvoir. La pratique des autorités de régulation en matière de sanction pourrait peut-être se profiler comme un nouveau critère de leur classification : d'un côté, il y a l'Arafer, qui n'a jamais sanctionné et la CRE qui a commencé à exercer son pouvoir de sanction il y a peu, toutes les deux disposant cependant d'un pouvoir de sanction depuis quelques années. De l'autre côté, il y a l'AMF qui sanctionne fréquemment et pour des montants élevés. Entre ces deux « catégories », se situent l'Arcep et le CSA²³.

L'Araf, créée par la loi n° 2009-1503 du 8 décembre 2009 et devenue Arafer avec la loi n° 2015-990 du 6 août 2015, dite « loi Macron », n'a jamais sanctionné à ce jour. En outre, le CoRDIS de la CRE, créé par la loi n° 2006-1537 du 7 décembre 2006, n'a adopté sa première décision de sanction qu'en juin 2018. En effet, par sa décision n° 03-40-16 en date du 11 juin 2018²⁴, il a sanctionné le gestionnaire de réseau à hauteur de 3 millions d'euros pour ne pas avoir respecté une décision de règlement des différends. Le fait de prendre une décision administrative de régulation (sanction) pour assurer le respect d'une autre décision administrative de régulation (décision de règlement des différends) démontre toute l'ampleur du système de régulation par voie de décision administrative²⁵.

Quelque temps après cette première décision de sanction, le CoRDIS a émis une deuxième sanction, s'inscrivant dans le cadre de sa mission majeure consistant à surveiller le marché de gros de l'énergie et à faire en sorte que le règlement REMIT soit respecté²⁶. Il a sanctionné, dans ce cadre, une société à hauteur de 5 millions d'euros pour avoir procédé à des manipulations de marché au point d'échange de gaz (PEG), en violation de l'article 5 de ce règlement. La sanction prononcée par le CoRDIS a été saluée par la CRE qui souligne, dans un communiqué de presse paru le 9 octobre 2018 à propos de cette sanction²⁷, l'importance que joue la surveillance des marchés de gros pour assurer la confiance dans la formation des prix sur les marchés.

Dans deux arrêts récents, le Conseil d'État a précisé le contenu du principe d'impartialité appliqué au pouvoir de sanction de la CRE, en corroborant le système d'instruction actuel au sein du CoRDIS. Dans le premier arrêt²⁸, appelée à se prononcer sur un refus du CoRDIS de donner suite à une demande de sanction, la haute juridiction administrative a notamment jugé en ce sens que

23 Pour une présentation plus détaillée de la pratique des autorités de régulation en matière de sanction, v. notre thèse, *op. cit.*, p. 418 et s. et Ch. LE BIHAN-GRAF et P. COURTADE, « La place de la sanction dans la pratique des autorités de régulation économiques sectorielles », *op. cit.*

24 CoRDIS, Déc. n° 03-40-16 en date du 11 juin 2018.

25 Sur ce système de régulation, v. notre thèse, *op. cit.*

26 CoRDIS, Déc. n° 02-40-16 du 5 octobre 2018.

27 Ce communiqué est téléchargeable ici : <https://www.cre.fr/Actualites/Le-CoRDIS-sanctionne-pour-la-premiere-fois-des-manipulations-de-marche-sur-un-marche-de-gros-de-l-energie>.

28 CE, 18 mars 2019, UFC-Que Choisir, n° 410628.

« [...] la circonstance que ce soit la même personne qui, après avoir été chargée de l'instruction de la plainte, décide, au vu de cette instruction, qu'il n'y a pas lieu de donner suite à la saisine ne saurait, par elle-même, traduire un manquement à l'impartialité ». Par ailleurs, dans le même arrêt, le Conseil d'État a considéré que la décision par laquelle le membre désigné décide « [...] au vu de l'instruction, qu'il n'y a pas lieu à mise en demeure ou à notification de griefs ne présente pas le caractère d'une sanction et ne peut conduire au prononcé d'une sanction ».

Dans le second cas²⁹, le Conseil d'État a rejeté une demande de renvoi d'une QPC concernant les articles L. 134-25, al. 3 et L. 134-27 du code de l'énergie qui portent sur la procédure de sanction du CoRDiS. La haute juridiction administrative a considéré qu'il n'y avait pas lieu de renvoyer la QPC relative à l'article L. 134-25, al. 3, parce que ces dispositions n'étaient pas applicables au litige. En revanche, elle est allée plus loin dans l'examen de l'article L. 134-27 du code de l'énergie, en considérant que la procédure qu'il institue ne crée aucune confusion entre les fonctions de poursuite et de jugement des mêmes manquements au sein du CoRDiS et que, par conséquent, le grief tiré de la méconnaissance des principes d'indépendance et d'impartialité découlant de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ne présentait pas de caractère sérieux³⁰.

Aux antipodes de l'Arafer et de la CRE se situe l'AMF dont la Commission des sanctions, au cours de la seule année 2018, a rendu 17 décisions de sanction sur le fond et une décision de relèvement de sanctions³¹. Les 17 décisions rendues ont concerné 53 personnes et conduit au prononcé de 44 sanctions pécuniaires pour un montant total de 7 181 000 euros. En 2017, la Commission des sanctions a rendu 15 décisions de sanction sur le fond qui ont abouti au prononcé de 23 sanctions pécuniaires allant jusqu'à 35 000 000 euros, pour un montant total de 40 756 000 euros³².

Entre l'Arafer et la CRE, d'une part, et l'AMF, d'autre part, se trouvent le CSA et l'Arcep. Depuis le rétablissement de son pouvoir de sanction avec l'ordonnance n° 2014-329 du 12 mars 2014, complétée par le décret n° 2014-867 du 1^{er} août 2014, l'Arcep a prononcé six sanctions. Trois d'entre elles ont été « matérielles », consistant en un retrait des licences préalablement attribuées par l'Autorité. En effet, en 2015, l'Arcep a retiré les trois autorisations d'utilisation des fréquences délivrées à trois opérateurs

29 CE, 24 avril 2019, n° 425988.

30 *Ibid.*, consid. n° 7 : « Les dispositions contestées de l'article L. 134-27 du code de l'énergie ne désignent pas la personne ou l'organe spécifique au sein de la Commission de régulation de l'énergie chargé de notifier les griefs à la personne mise en cause en cas de manquement constaté par les agents habilités de cette autorité administrative indépendante dans les conditions prévues à l'article L. 135-12 du même code. Elles n'ont ni pour objet ni pour effet d'attribuer le pouvoir de notifier les griefs au comité de règlement des différends et des sanctions ou à l'un de ses membres qui participerait ensuite au jugement des manquements ayant fait l'objet d'une telle notification. Ainsi, elles n'opèrent pas de confusion au sein du comité de règlement des différends et des sanctions entre, d'une part, les fonctions de poursuite des éventuels manquements et, d'autre part, les fonctions de jugement de ces mêmes manquements. Il en résulte que le grief tiré de ce que ces dispositions méconnaissent les principes d'indépendance et d'impartialité qui découlent de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 ne présente pas un caractère sérieux. Par suite, il n'y a pas lieu de renvoyer la question prioritaire de constitutionnalité soulevée par la société Vitol, qui n'est pas nouvelle, en tant qu'elle porte sur les dispositions de l'article L. 134-27 du code de l'énergie ».

31 V. le rapport public annuel de l'AMF pour 2018, *op. cit.*, not. p. 74 et s.

32 V. le rapport public annuel de l'AMF pour 2017, disponible sur : <https://www.amf-france.org/Publications/Rapports-annuels/Rapports-annuels-de-l-AMF/annee-2015-2019> ?, not. p. 90 et s.

ultramarins en 2008 en raison du non-respect de leurs obligations en matière de déploiement et de paiement de leurs redevances³³.

Ce retrait s'imposait notamment, comme précisé dans les décisions de sanction, pour assurer la bonne utilisation du domaine public hertzien de l'État et la concurrence effective et loyale entre les opérateurs, au bénéfice des consommateurs.

Par ailleurs, l'Arcep a sanctionné, en 2016, un opérateur de réseau mobile virtuel (« MVNO ») pour non-respect de ses obligations en matière de financement du service universel des communications électroniques³⁴. L'Autorité souligne dans sa décision de sanction que toute défaillance d'un opérateur dans le règlement de ses contributions pourrait fragiliser le mécanisme de financement du service universel, dans la mesure où elle retarde, à court terme, la compensation de l'opérateur du service universel créditeur et, si elle perdure, elle peut aboutir, sur le long terme, à ce que les sommes dues se répercutent sur les autres opérateurs contributeurs auxquels il revient de les prendre en charge, conformément à l'article R. 20-39 du CPCE. Enfin, en 2016, l'Arcep a également prononcé deux sanctions financières à deux opérateurs de téléphonie mobile en raison du non-respect de leurs obligations de couverture mobile en 2G en zones blanches centres-bourgs courant l'échéance de leurs mises en demeure³⁵. La première sanction adoptée par la formation restreinte de l'Autorité s'élevait à 27 000 euros, et la seconde à 380 000 euros. Pour la détermination de ces montants, l'Autorité « [...] a notamment tenu compte du manquement constaté, de ses conséquences dommageables pour l'aménagement numérique du territoire et des efforts fournis par chacun des deux opérateurs pour couvrir, dans l'intervalle, l'ensemble des centres-bourgs concernés »³⁶.

Concernant le CSA, il convient de noter à titre indicatif qu'en 2017 il a prononcé 8 sanctions, dont la forme varie³⁷. La CSA a ordonné, par exemple, la diffusion d'un communiqué, la suspension des séquences publicitaires pendant un certain temps et a imposé des sanctions pécuniaires variables, allant de 20 000 à 300 000 000 euros.

Quelles pourraient être les raisons de la divergence parmi les autorités de régulation sectorielles quant à l'exercice de leur pouvoir de sanction ? En ce qui concerne la CRE, nous n'avons pas de réponse précise à ce stade, mais en tout cas, tant le revirement de la pratique de l'Autorité, qui a déjà adopté ses premières décisions de sanction, que la confirmation, par le Conseil d'État, du caractère impartial du système d'instruction actuel au sein du CoRDIS pourraient laisser présager l'émergence d'une nouvelle politique décisionnelle de la CRE en matière de sanction.

Quant à l'Arafer, l'absence de décision de sanction pourrait peut-être être liée au caractère relativement jeune de cette autorité. Enfin, l'importante différence observée concernant l'AMF

33 Arcep, Déc. n° 2015-0592-FR, n° 2015-0593-FR et n° 2015-0594-FR en date du 19 mai 2015.

34 Arcep, Déc. n° 2016-0504-FR en date du 14 avril 2016.

35 Arcep, Déc. n° 2016-1015-FR et n° 2016-1016-FR en date du 28 juillet 2016.

36 Arcep, Communiqué de presse du 20 septembre 2016, disponible ici : <https://www.arcep.fr/actualites/les-communiques-de-presse/detail/n/larcep-fait-le-point-sur-le-respect-des-obligations-de-deploiement-mobile-en-zones-peu-denses-par-l.html>.

37 V. le rapport public annuel du CSA pour 2017, *op. cit.*, p. 204-206.

pourrait être due au fait qu'elle exerce essentiellement une mission de contrôle, ce qui la rapproche de l'Autorité de la concurrence.

En effet, à la différence du pouvoir de sanction de l'Autorité de la concurrence, le pouvoir de sanction des autorités de régulation sectorielles n'a pas un caractère primo-répressif. Ces autorités ne sanctionnent qu'après avoir épuisé toute autre possibilité, la sanction n'étant pas autant dans leur « culture ». Ainsi, leur pratique dans l'exercice du pouvoir de sanction ne nous paraît préjuger en rien de l'application du droit par les opérateurs. Le non-exercice du pouvoir de sanction pourrait, au contraire, témoigner dans une certaine mesure du succès de ces autorités dans l'exercice de leur mission de régulation. Selon cette acception, parcimonie en matière de sanction et régulation iraient de pair, la régulation recouvrant, entre autres, une fonction d'accompagnement des opérateurs dans l'application du droit.

Une fois cette inapplication du droit « de fait » nuancée, il convient d'explorer la question de l'inapplication du droit « de droit », rendue possible par certains dispositifs particuliers régissant la procédure de sanction suivie par les autorités de régulation.

II. Une procédure de sanction laissant une certaine place à l'inapplication du droit : vers une inapplication du droit « de droit » ?

La distinction entre inapplication du droit « de fait » et inapplication du droit « de droit » renvoie à la distinction entre prononcé effectif de sanction et procédure de sanction. En effet, le prononcé effectif de sanction doit être clairement distingué de la procédure de sanction. Les autorités de régulation ne prononcent une sanction, pécuniaire ou « matérielle », que si le manquement persiste tout au long d'une procédure formelle de sanction dont l'étape décisive est la mise en demeure. Les différents dispositifs régissant le pouvoir de sanction des autorités de régulation imposent à celles-ci, avant d'adopter une sanction, d'adresser une mise en demeure à l'opérateur concerné, l'invitant à se conformer aux obligations rappelées dans cette mise en demeure. Lorsque l'opérateur s'y conforme dans le délai fixé dans la mise en demeure, la procédure de sanction s'arrête là.

Ainsi, un risque d'instrumentalisation de la mise en demeure aboutissant à l'inapplication du droit pourrait se profiler : les opérateurs, au lieu de se conformer à leur obligation initiale, seraient éventuellement tentés d'attendre l'ouverture d'une procédure de sanction et, par la suite, l'adoption d'une mise en demeure leur donnant un nouveau délai pour se conformer à leurs obligations, bien postérieures au délai initial. En ce sens, la mise en demeure, partie intégrante de la procédure de sanction en matière de régulation, pourrait être perçue comme un mécanisme prévu par le droit lui-même qui laisserait une certaine place à l'inapplication du droit. Or, on verra que cette inapplication du droit n'est que temporaire : si la personne concernée par la mise en demeure ne se conforme finalement pas à ses obligations telles que rappelées dans la mise en demeure, elle sera sanctionnée. En toute hypothèse, la lecture des rapports récents des autorités de régulation révèle que les opérateurs ont plutôt tendance à respecter les mises en demeure qui leur sont adressées, ce qui permet d'éviter in fine le prononcé des sanctions.

La mise en demeure telle que décrite ci-dessus, que l'on pourrait qualifier de « classique », induirait une inapplication du droit temporaire qui pourrait notamment se justifier par la nécessité de tenir compte des difficultés ponctuelles des opérateurs, servant ainsi à la meilleure régulation du marché (A). À côté de ce type de mise en demeure, se développent d'autres formes, plus originales, qui visent à réduire le temps d'inapplication de la règle de droit (B).

A. La mise en demeure « classique » : une modalité d'inapplication temporaire du droit, au service de la régulation

La mise en demeure n'est pas une sanction. Elle consiste en une injonction à se conformer à telle ou telle obligation qu'elle rappelle elle-même dans son corps. Dans sa décision n° 2013-359 QPC³⁸, le Conseil constitutionnel, après avoir rappelé que le CSA ne peut exercer son pouvoir de sanction qu'après mise en demeure du titulaire de l'autorisation concerné, affirme que cette mise en demeure « [...] ne constitue pas une sanction ayant le caractère d'une punition ; que, par suite, les griefs tirés de la méconnaissance des exigences de l'article 16 de la Déclaration de 1789 sont inopérants »³⁹.

Le Conseil d'État, appelé à se prononcer lui aussi sur la nature de la mise en demeure adoptée par le CSA, a considéré dans un arrêt *Sté Vortex* de 2002 qu'elle n'avait pas le caractère d'une accusation en matière pénale au sens de l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales⁴⁰. Il a considéré qu'eu égard à son objet, et en l'absence de dispositions législatives ou réglementaires expresses, la mise en demeure n'était soumise à aucune procédure préalable et que, par suite, le moyen tiré de ce que les droits de la défense de la société requérante auraient été méconnus, faute pour la décision attaquée d'avoir été précédée d'une procédure contradictoire, devait être écarté.

D'un point de vue procédural, la mise en demeure présente le mérite de dispenser son émetteur de l'obligation de recourir à une nouvelle mise en demeure en cas de violation de la même obligation que celle rappelée dans son corps. Le Conseil d'État a jugé, en ce sens, à propos des mises en demeure du CSA

« [...] qu'il ne résulte ni de ces dispositions ni d'aucun autre texte ou principe général du droit que les mises en demeure adressées sur le fondement de l'article 42 de la loi [audiovisuelle] auraient une validité limitée dans le temps ; qu'une même mise en demeure peut donner lieu à

38 Cons. const., Déc. n° 2013-359 QPC du 13 décembre 2013, *Société Sud Radio Services et autre*, Rec. p. 1090.

39 *Ibid.*, consid. n° 6 : « Considérant que l'éditeur, le distributeur ou l'opérateur qui ne se conforme pas à une mise en demeure prononcée en application de l'article 42 peut faire l'objet de l'une des sanctions prononcées par le Conseil supérieur de l'audiovisuel en vertu de l'article 42-1 de la loi du 30 septembre 1986, qui n'est pas renvoyé au Conseil constitutionnel ; que ces sanctions sont la suspension de l'édition, de la diffusion ou de la distribution du ou des services d'une catégorie de programme, d'une partie du programme ou d'une ou plusieurs séquences publicitaires pour un mois au plus, la réduction de la durée de l'autorisation ou de la convention dans la limite d'une année, une sanction pécuniaire assortie éventuellement d'une suspension de l'édition ou de la distribution du ou des services ou d'une partie du programme, le retrait de l'autorisation ou la résiliation unilatérale de la convention ; qu'ainsi qu'il résulte de la décision du Conseil constitutionnel du 17 janvier 1989, «les pouvoirs de sanction dévolus au Conseil supérieur de l'audiovisuel ne sont susceptibles de s'exercer... qu'après mise en demeure des titulaires d'autorisation» ; que la mise en demeure ne peut être regardée, dans ces conditions, comme l'ouverture de la procédure de sanction prévue à l'article 42-1 mais comme son préalable ; que, dès lors, la mise en demeure par le Conseil supérieur de l'audiovisuel ne constitue pas une sanction ayant le caractère d'une punition ; que, par suite, les griefs tirés de la méconnaissance des exigences de l'article 16 de la Déclaration de 1789 sont inopérants ; que les dispositions contestées, qui ne sont contraires à aucun droit ou liberté que la Constitution garantit, doivent être déclarées conformes à la Constitution ».

40 CE, 30 décembre 2002, *Sté Vortex*, n° 236826.

plusieurs sanctions à raison de la réitération d'agissements contraires aux obligations auxquelles elle invite le service à se conformer⁴¹. »

Le fait d'envisager la mise en demeure sous le prisme de l'inapplication du droit nous amène à la question suivante : quid du cas où une mise en demeure est bien respectée, mais tardivement, à savoir après le délai qu'elle laisse à l'opérateur visé pour qu'il se conforme à ses obligations ? Dans cette hypothèse, l'autorité de régulation compétente devrait-elle quand même sanctionner l'opérateur parce qu'il ne s'est pas conformé à la mise en demeure dans le temps ?

Une réponse positive tempérerait le concept d'inapplication du droit, au profit de l'efficacité du pouvoir de sanction des autorités de régulation. En revanche, une réponse négative serait notamment motivée par l'argument selon lequel la sanction en matière de régulation n'aurait pas un caractère primo-répressif : un respect tardif de la mise en demeure devrait, selon cet argument, aboutir à ce que la procédure de sanction soit clôturée, sans aucune conséquence pour l'opérateur auquel est imputé le manquement, dans la mesure où l'objectif du rétablissement de la concurrence sur le marché, rendu possible par l'application in fine du droit, a été atteint.

L'arrêt du Conseil d'État AFORST de 2012 ne permet pas de dégager une réponse claire en ce qui concerne les conséquences du respect tardif d'une mise en demeure⁴². Appelée à se prononcer sur une mise en demeure adoptée par l'Arcep, la haute juridiction administrative indique dans cet arrêt que : « [...] dans le cas où, au cours de l'instruction d'une procédure ouverte par l'Autorité, les manquements de l'exploitant ou du fournisseur à ses obligations cessent, que ce soit avant qu'une mise en demeure ait été adressée ou à la suite d'une telle mise en demeure, l'Autorité ne peut que mettre un terme à la procédure de sanction »⁴³.

Cet arrêt ne précise pas clairement le sort réservé à un respect tardif d'une mise en demeure, à savoir un respect qui intervient après le délai laissé par mise en demeure à l'opérateur concerné pour qu'il se conforme à ses obligations. En effet, le respect « à la suite d'une mise en demeure » peut recouvrir deux hypothèses : le respect bien après une mise en demeure, mais dans le délai qu'elle prévoit, ou le respect après ce délai. Est-ce que l'Arcep devrait mettre fin à la procédure de sanction même lorsque l'opérateur visé se conforme à la mise en demeure après le délai qu'elle fixe ?

L'Autorité a donné une réponse négative à cette question dans deux décisions de sanction prises quatre ans après l'arrêt AFORST à l'encontre de deux opérateurs n'ayant pas respecté leurs obligations en matière de couverture en 2G des zones blanches centres-bourgs. En effet, elle a refusé de clôturer la procédure de sanction envers des manquements persistant après le délai prévu dans la mise en demeure, mais ayant cessé le jour du délibéré⁴⁴. Dans leur argumentaire, les opérateurs, évoquant

41 CE, 22 octobre 2010, *Sté Vortex*, n° 324614. Sur ce point, v. *infra*, sous-partie B : « Des formes en mise en demeure originales réduisant le temps d'inapplication du droit », arrêts cités dans la partie consacrée à la mise en demeure de se conformer « pour l'avenir ».

42 CE, 4 juillet 2012, *Association française des opérateurs de réseaux et services de télécommunications (AFORST)*, n° 334062, tables Lebon ; *AJDA*, 2012, chron. « Actualités du droit de la concurrence et de la régulation », p. 1717 et s., note M. LOMBARD.

43 Nous soulignons.

44 Arcep, Déc. n° 2016-1015-FR et n° 2016-1016-FR, *op. cit.*

l'arrêt *AFORST*, notaient que le pouvoir de sanction de l'Arcep devait s'apprécier au regard de la persistance du manquement dans le temps et qu'elle ne pouvait sanctionner que les manquements constatés le jour du délibéré.

L'Autorité a cependant considéré que la circonstance que les opérateurs avaient couvert les centres-bourgs visés dans leurs mises en demeure au jour du délibéré constituait, certes, une manifestation du souci de satisfaire enfin à leurs obligations, mais n'était pas de nature à remettre en cause le constat de leurs manquements à l'issue du délai figurant dans la mise en demeure. Ainsi, si elle a bien tenu compte du respect tardif des mises en demeure, celui-ci n'a pas suffi à ce que les opérateurs restent impunis pour les manquements constatés à l'échéance des délais posés dans ces mises en demeure.

Une telle grille de lecture du pouvoir de sanction de l'Arcep, voire des autorités de régulation en général, contribuerait, à notre sens, à renforcer son efficacité. En effet, l'inapplication du droit telle que tolérée par la mise en demeure ne devrait pas se prolonger au-delà du délai prévu dans cette dernière. Le fait de prolonger davantage l'inapplication du droit viderait de son sens le pouvoir de sanction des autorités de régulation.

Le Conseil d'État, dans un arrêt concernant le pouvoir de sanction de la CNIL, a corroboré ce raisonnement⁴⁵. Il a jugé que le respect tardif d'une mise en demeure ne devrait pas obliger la CNIL à clore la procédure de sanction, mais pourrait quand même être pris en compte dans le cadre de la détermination de la sanction.

Des développements précédents, il s'ensuit que l'inapplication du droit « de droit » que permet la mise en demeure n'est que temporaire. Les opérateurs n'ont pas, dans son cadre, un droit à l'inapplication définitive du droit, mais plutôt une possibilité de reporter pendant un certain temps le respect de leurs obligations, dans la limite du délai prévu dans la mise en demeure.

B. Des formes de mise en demeure originales réduisant le temps d'inapplication du droit

En sus de la mise en demeure « pure », il existe deux autres types de mise en demeure qui permettent de renforcer l'efficacité du pouvoir de sanction des autorités de régulation, facilitant l'application immédiate du droit : la mise en demeure « anticipée » et la mise en demeure qui fixe une obligation de se conformer « pour l'avenir ».

Pour un exemple de mise en demeure « anticipée », il convient de citer les mises en demeure adressées par l'Arcep à deux opérateurs de téléphonie mobile en 2016 concernant le respect de leurs obligations de couverture en 4G des zones peu denses⁴⁶ ou la mise en demeure récente à l'égard de l'opérateur du service universel en matière de communications électroniques, concernant la qualité du service universel téléphonique⁴⁷.

⁴⁵ CE, 19 juin 2017, *Optical Center*, n° 396050.

⁴⁶ Arcep, Déc. n° 2016-0243-RDPI et n° 2016-0244-RDPI en date du 18 février 2016.

⁴⁷ Sur ce point, v. : <https://www.arcep.fr/actualites/les-prises-de-parole/detail/n/qualite-du-reseau-adsl-orange-sous-la-menace-dune-amende-record.html>.

La mise en demeure « anticipée » permet de mettre en garde l'opérateur concerné, avant même le non-respect de ses obligations, lorsqu'il existe un risque caractérisé qu'il ne respecte pas ses obligations à l'échéance initialement prévue. En ce sens, elle contribue à assurer l'application immédiate du droit.

La mise en demeure fixant une obligation de se conformer « pour l'avenir » participe de la même fonction. Cette forme de mise en demeure est souvent utilisée par le CSA. À titre d'exemple, on pourrait évoquer une décision du 11 février 2015, par laquelle le CSA a mis en demeure une société éditrice de service radiophonique « [...] de respecter, à l'avenir [...] les dispositions de l'article 1^{er} de la loi du 30 septembre 1986 en ne diffusant plus de séquences portant atteinte à la sauvegarde de l'ordre public »⁴⁸. Appelé à se prononcer sur cette mise en demeure, le Conseil d'État a considéré qu'elle ne présentait pas le caractère d'une sanction, mais constituait une mesure destinée à « [...] éclairer son destinataire sur l'étendue de ses obligations »⁴⁹.

La conséquence pratique de la mise en demeure de se conformer « pour l'avenir » consiste en le fait qu'une fois adoptée, elle permet le déclenchement d'une sanction pour toute violation future de l'obligation qu'elle recouvre, sans qu'il soit nécessaire de recourir à une autre mise en demeure⁵⁰.

Or, la possibilité d'infliger des sanctions successives en se fondant sur une seule et même mise en demeure est doublement conditionnée : pour que de multiples sanctions puissent être déclenchées sur le fondement d'une seule mise en demeure, il faut que les agissements nouvellement constatés s'inscrivent dans le cadre du même comportement illicite que celui ayant provoqué la mise en demeure, de sorte que l'illégalité soit prolongée, et que la personne concernée soit mise à même de présenter ses observations avant le prononcé de la nouvelle sanction⁵¹.

Cette solution est cohérente eu égard à la différence de nature entre la mise en demeure et la sanction. En effet, dans la mesure où la mise en demeure n'a pas de caractère de sanction, elle n'a pas à être précédée d'une procédure préalable permettant le respect des droits de la défense de la personne concernée⁵². Par conséquent, même si une seule mise en demeure pouvait suffire, d'un

48 CSA, Déc. n° 2015-41 en date du 11 février 2015 (nous soulignons).

49 CE, 10 février 2017, *Société Lagardère Active Broadcast*, n° 391088.

50 En ce sens, v. CE, 13 mai 2019, *France Télévisions*, n° 421779, consid. n° 5 : « [...] la décision attaquée ne prononce pas une sanction mais procède seulement, en raison des faits qu'elle constate, à une mise en demeure destinée [...] à rendre possible l'engagement d'une procédure de sanction en cas de réitération de faits de même nature [...] ». V. également la décision de principe en la matière, qui déborde le cadre de la régulation, CE, 12 décembre 2008, *Taillepiéd*, n° 297921 : « [...] que, toutefois, ces dispositions n'imposent pas au préfet, dans le cas où deux contrôles successifs sur l'exploitation font apparaître que le bénéficiaire de l'autorisation dûment mis en demeure de respecter une règle déterminée, après y avoir déféré, méconnaît à nouveau cette même règle, de lui adresser une nouvelle mise en demeure avant de soumettre le dossier à la commission des cultures marines [...] ».

51 Sur ce point, v. CE, 28 octobre 1994, *SARL Positif Communication*, n° 140259 : « [...] cette seconde décision de suspension [adoptée sans nouvelle mise en demeure], fondée sur des éléments de fait distincts de ceux qui justifiaient la précédente sanction, ne pouvait pas être légalement prise sans que la société requérante ait été mise à même de présenter sa défense [...] » ; CE, 7 février 2003, *Association Radio deux couleurs*, n° 232840 : « [...] que, si cette dernière décision pouvait être prise sans nouvelle mise en demeure préalable, elle ne pouvait, toutefois, intervenir légalement sans que l'association ait été mise à même de présenter sa défense [...] ».

52 En ce sens, v. not. : CE, 15 janvier 1997, *Société SERC Fun Radio*, n° 155049 : « [...] Considérant qu'une mise en demeure ne constitue pas une sanction, mais une mesure préalable à une éventuelle sanction ; qu'ainsi en l'absence de dispositions législatives ou réglementaires particulières, la société requérante n'est pas fondée à soutenir que la décision attaquée aurait dû être précédée d'une procédure contradictoire [...] » ; CE, 24 janvier 2007, *Association parti libéral modéré*, n° 284060 : « [...] Considérant que les mises en demeure prises en application d'une convention entre le Conseil supérieur de l'audiovisuel et le bénéficiaire d'une autorisation d'émettre délivrée en application de l'article 28 de la loi du 30 septembre 1986 ne constituent pas des sanctions ; qu'elles ne constituent pas davantage des décisions qui « restreignent l'exercice des libertés publiques ou, de manière générale, constituent une mesure de police » au sens des dispositions de l'article 1er de la loi du 11 juillet 1979 ni une décision administrative individuelle qui déroge aux règles générales fixées par la loi ou le règlement au sens des dispositions de l'article 2 de ladite loi ; qu'elles n'entrent dans aucun des autres cas visés aux articles 1er et 2 de la loi du 11 juillet 1979 ; que par suite, et en tout état de cause, l'association requérante n'est pas fondée à soutenir que la décision attaquée ne pouvait légalement intervenir qu'après qu'elle ait été mise à même de présenter des observations écrites ou orales en application des dispositions précitées de l'article 24 de la loi du 12 avril 2000 [...] ».

point de vue procédural, pour le déclenchement des sanctions successives, elle ne pourrait entraîner aucun allègement procédural de la sanction elle-même, qui doit être précédée dans tous les cas d'une procédure permettant à la personne concernée de présenter à l'autorité compétente ses observations. La différence de nature entre mise en demeure et sanction justifierait par ailleurs que cette obligation de respect des droits de la défense avant le prononcé d'une sanction perdure même dans l'hypothèse où l'autorité qui sanctionne avait mis à même spontanément la personne concernée de présenter ses observations auparavant dans le cadre de la mise en demeure.

Cette possibilité d'infliger multiples sanctions à la suite d'une seule mise en demeure en cas de réitération d'agissements contraires à cette dernière a été admise en principe dans des cas où la mise en demeure prononcée par le CSA ne laissait pas de délai précis à son destinataire pour se conformer à ses obligations (cas de la mise en demeure de se conformer « pour l'avenir »)⁵³. Dans un arrêt Association Radio Sun FM du 24 novembre 2004⁵⁴, le Conseil d'État va toutefois encore plus loin dans cette acception. Il considère qu'une nouvelle sanction à la suite d'une seule mise en demeure peut être admise même dans l'hypothèse où la mise en demeure n'est pas muette quant à la date de respect, par son destinataire, de ses obligations, mais elle lui prescrit un délai précis pour s'y conformer. La multiplicité des sanctions à la suite de cette seule mise en demeure sous délai reste toutefois soumise au respect de la double condition précitée (continuité factuelle par rapport à la première mise en demeure et respect des droits de la défense)⁵⁵.

Conclusion

La problématique présentée dans le cadre de la présente contribution, consistant à distinguer entre la pratique des autorités de régulation quant au prononcé des sanctions, susceptible de conduire à une inapplication du droit « de fait », et la procédure de sanction, qui pourrait laisser une certaine place à une inapplication temporaire du droit « de droit », a notamment été choisie parce qu'elle nous paraît refléter au mieux l'état actuel du rapport entre le pouvoir de sanction des autorités de régulation et le concept d'inapplication du droit. Or, ce rapport pourrait être également envisagé sous une autre perspective, dans le cadre d'une étude doctrinale différente.

En effet, couplé avec le concept d'inapplication du droit et le pouvoir de sanction des autorités de régulation trouverait une nouvelle vie grâce au concept de *compliance*⁵⁶. Étymologiquement, la *compliance* procède du verbe anglais « *comply* » qui tire son origine du « [...] vieux français “complir” (complaire, se conformer), que l'on doit lui-même au latin *cum-placere*, c'est-à-dire littéralement plaire ensemble. La *compliance* c'est certes se soumettre à la règle, mais c'est pour lui plaire, l'amadouer »⁵⁷. Conçue ainsi, la *compliance* traduit le respect de la règle non pas par peur, mais par affection.

53 V. not., sur ce point, les deux exemples précités : CE, 28 octobre 1994, *SARL Positif Communication* ; CE, 7 février 2003, *Association Radio deux couleurs*.

54 CE, 24 novembre 2004, *Association Radio Sun FM*, n° 258076.

55 *Ibid.*, pts suivants : « [...] par une décision du 10 juillet 2001, le Conseil supérieur de l'audiovisuel a mis l'association en demeure de respecter les obligations qui lui incombent à cet égard dans un délai de quinze jours à compter de la notification de sa décision [...]. Considérant que la décision du 22 avril 2003 [...] fondée sur la méconnaissance [...] des obligations [...] qui avait donné lieu à une mise en demeure le 10 juillet 2001, pouvait intervenir sans nouvelle mise en demeure, dès lors que la radio a été mise à même de présenter sa défense ».

56 Sur ce concept, v. notamment les travaux suivants : M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Pour une Europe de la Compliance*, série « Régulations et Compliance », Dalloz, 2019 ; N. BORGA, J.-Cl. MARIN et J.-Ch. RODA (dir.), *Compliance : l'entreprise, le régulateur et le juge*, série « Régulations et Compliance », Dalloz, 2018 ; M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Régulation, Supervision, Compliance*, coll. « Régulations », Dalloz, 2017.

57 L.-M. AUGAGNEUR, « La *compliance* a-t-elle une valeur ? », *JCP E*, 2017, n° 40, p. 30-36 (n° 1522), spéc. p. 32.

La régulation recèle, certes, l'objectif de respect volontaire de la règle de droit, mais ce respect volontaire auquel elle peut aboutir émane plutôt de la technique juridique que d'une quelconque relation affective avec la règle : si les opérateurs régulés se soumettent volontiers à la règle de droit, c'est parce que dans la plupart des cas ils ont participé à son élaboration, à travers des dispositifs de participation obligatoires ou mis en place spontanément par les autorités de régulation. En revanche, la compliance implique que les opérateurs concernés « internalisent » le respect des buts assignés et qu'ils prévoient des mécanismes de contrôle leur permettant de s'y conformer en permanence⁵⁸ : en matière de compliance, il ne s'agit pas juste de respecter le droit, mais de faire en sorte qu'il n'y ait même pas de risque de non-respect de ce dernier.

La compliance diffère de la régulation de par son objet et son champ d'application⁵⁹. S'inscrivant dans un cadre non seulement national ou principalement européen, mais international, elle consiste en la protection des « buts mondiaux monumentaux »⁶⁰ comme la lutte contre la corruption, le terrorisme ou le traitement abusif des données personnelles⁶¹. Elle ne reste pas cantonnée à la préservation d'un ordre public économique bien délimité au sein d'un territoire donné, mais vise à satisfaire un « service public mondial »⁶².

Dans ce cadre, les entreprises sont invitées à jouer un rôle majeur dans la construction d'un droit de la compliance⁶³. Trouvant son pendant dans la responsabilité sociale des entreprises (« RSE ») et traduisant l'objectif d'éthique dans la vie des affaires, la compliance contribue à ce que les entreprises concernées par celle-ci, à savoir les opérateurs le plus puissants, se trouvent liées par des projets qui dépassent leur strict champ d'action économique⁶⁴.

Lorsqu'un opérateur est soumis à la fois à la régulation et la compliance, il doit se plier à diverses contraintes extra-économiques qui pourraient lui sembler peut-être excessives. En effet, la compliance fait peser sur les opérateurs régulés des contraintes qui paraîtraient moins « logiques » que celles pesant sur eux en vertu de la régulation : un opérateur régulé pourrait être plus enclin à respecter des normes de régulation extra-économiques destinées à garantir un service public directement attaché à son activité que des règles de compliance visant à assurer un « service public mondial »⁶⁵, qui l'érigerait en « agent d'effectivité de buts mondiaux monumentaux »⁶⁶.

Face au risque de non-application du droit que comporte une telle situation, non-application qui devrait être *a priori* inconcevable dans un système de compliance vu que le propre de ce système est la lutte permanente contre le moindre risque d'inapplication de ces règles et le développement

58 En ce sens, v. M.-A. FRISON-ROCHE, « Le droit de la compliance », *D.*, 2016, n° 32, p. 1871-1874.

59 Sur cette distinction, v. M.-A. FRISON-ROCHE, « Le droit de la *compliance* au-delà du droit de la régulation », *D.*, 2018, n° 28, p. 1561-1563 ; P. IDOUX, « Après la régulation, la compliance ? », *AJDA*, 2017, chron. « Actualité du droit de la concurrence et de la régulation », p. 1872 et s.

60 M.-A. FRISON-ROCHE, « Le droit de la compliance », *op. cit.*, spéc. p. 1872.

61 Sur ces composantes de la compliance, v. M.-A. FRISON-ROCHE, « Le droit de la *compliance* au-delà du droit de la régulation », *op. cit.*

62 *Ibid.*, p. 1562.

63 *Ibid.*

64 Concernant les obligations de compliance pesant sur les entreprises régulées en particulier, v. C. BOITEAU, « L'entreprise régulée », *RFDA*, 2018, n° 3, p. 469-478, spéc. p. 475 et s.

65 M.-A. FRISON-ROCHE, « Le droit de la *compliance* au-delà du droit de la régulation », *op. cit.*, p. 1562.

66 M.-A. FRISON-ROCHE, « Le droit de la compliance », *op. cit.*, p. 1872.

progressif d'un rapport « affectif » entre ces dernières et leurs destinataires, il convient de réinterroger le pouvoir de sanction des autorités de régulation à l'échelle nationale et internationale : qui va sanctionner le non-respect de la norme supranationale de compliance, quelle sera la teneur de la sanction pour une violation d'une norme établie dans un souci de protéger non un ordre public économique territorialement défini, mais des valeurs extra-économiques, voire éthiques, et quelle devrait finalement la place de la sanction au sein d'un dispositif où les opérateurs respectent une règle de droit supranationale pour lui « faire plaisir » ?

L'OPPORTUNITÉ DANS LE RECOURS EN MANQUEMENT EN DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE

Nathalie RUBIO¹

Résumé

Le respect du droit est depuis longtemps présenté comme un élément essentiel et structurant de l'intégration européenne. Au moment où se pose avec une spéciale acuité la question de l'avenir de l'Union, la problématique de l'inapplication du droit renvoie inévitablement à une perspective de fragilisation irréversible de l'édifice. Cette contribution vise à présenter la nature, la portée et l'évolution du rôle de la Commission européenne dans le cadre du recours en manquement. Dans un contexte marqué par de nombreux défis et par des attentes variées exprimées notamment lors des consultations citoyennes, il est permis de s'interroger sur l'évolution vers une automaticité des poursuites au regard de l'affirmation de la Commission comme acteur politique et des impératifs de la protection effective des droits fondamentaux dans une Union de droit.

Abstract

The respect for law is a fundamental part of EU integration. The non application of law may undermine the European process in a context full of challenges and new expectations of citizens. This contribution aims to present the nature and the trend of European Commission's actions for failure before the ECJ. L'Union européenne se singulariserait-elle – encore une fois – dans l'appréhension de l'inapplication du droit qu'elle produit ? À l'épreuve de la concrétisation de la règle, de quelle marge de manœuvre disposent les institutions pour assurer le respect de l'ordre juridique européen ? Peut-il y avoir une place pour une forme quelconque de tolérance à l'endroit de l'inapplication des règles communes ? Plus fondamentalement, peut-on admettre qu'une organisation dont le juge a tant œuvré en faveur de l'effectivité puisse concourir, d'une façon ou d'une autre, à l'inapplication de son propre droit² ?

1 Professeur de droit public, Aix-Marseille Université, Université de Toulon, Université de Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, CERIC, Aix-en-Provence, France.

2 B. BERTRAND, « Le tropisme juridique du droit de l'Union », *Revue de l'UE*, 2018, p. 103 et s. : « La construction par le droit fait ainsi partie de l'identité de l'Union européenne. Cette dissociation révèle la singularité du projet européen en ce qu'elle s'éloigne des conceptions nationales de la dialectique entre droit et politique ».

Ces questions seront le fil rouge de cette contribution qui tentera d'analyser le rôle de la Commission européenne dans le déclenchement d'une procédure, prévue dès l'origine dans les Traités, qui permet d'obtenir la condamnation d'un État membre pour avoir manqué à ses obligations : le recours en manquement. Manifestation de la spécificité du droit de l'UE³, ce recours est un véritable moyen de pression sur les États pour deux raisons.

D'abord, la notion d'obligation est conçue au sens large comme une obligation juridique pré-existante qui trouve sa source dans le droit de l'UE (texte ou principe général du droit) et notamment dans le principe de coopération loyale⁴. De façon générale, il y a quatre grands types d'infraction : 1) la non-communication des mesures de transposition ; 2) la non-conformité, 3) le non-respect aux exigences des directives ; 4) les infractions aux Traités, règlements et décisions et la mauvaise application ou l'application incorrecte du droit de l'UE. Ensuite, les sanctions pécuniaires sont particulièrement lourdes et dissuasives⁵.

Néanmoins, cette procédure reste un dernier recours, « l'*ultima ratio* permettant de faire prévaloir les intérêts communautaires consacrés par les Traités contre l'inertie et contre la résistance des États membres »⁶ : ultime rempart, qui en cas d'échec, rend la situation irréversible.

Le Traité donne ici un rôle central à la Commission européenne pour le déclenchement du recours en manquement, et donc dans la phase de glissement vers la rigidification des positions. En effet, aux termes des articles 258 et suivants du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), la Cour de justice ne peut être saisie que par les États membres ou la Commission qui bénéficie dans ce domaine d'une forme de priorité eu égard à sa mission générale : elle « promeut l'intérêt général de l'Union », elle « veille à l'application des traités ainsi que des mesures adoptées par les institutions en vertu de ceux-ci » et « elle surveille l'application du droit de l'Union sous le contrôle de la Cour de justice de l'Union européenne » (article 17 TUE).

Toute inaction de la Commission conforte alors l'inapplication (non-respect ou mauvaise application) du droit de l'UE. Cependant, le système de l'Union s'inscrit plutôt dans un modèle d'opportunité des poursuites laissant la liberté à l'exécutif européen d'apprécier ce qu'il convient de faire ou non dans un cas déterminé. Cette absence d'automaticité semble inhérente au recours en manquement qui reste marqué par son caractère manifestement diplomatique ne serait-ce que par le dialogue et la négociation qu'il implique entre la Commission et l'État membre concerné tout au long de la phase pré-contentieuse.

3 CJCE, 15 juillet 1960, *République italienne c. Haute autorité de la CECA*, aff. 20/59 : « procédure dépassant de loin les règles jusqu'à présent admises en droit international classique pour assurer l'exécution des obligations des États ». Pour comparaison, Art. 46§ 4 de la CEDH : « Lorsque le Comité des Ministres estime qu'une Haute Partie contractante refuse de se conformer à un arrêt définitif dans un litige auquel elle est partie, il peut, après avoir mis en demeure cette partie et par décision prise par un vote à la majorité des deux tiers des représentants ayant le droit de siéger au Comité, saisir la Cour de la question du respect par cette Partie de son obligation au regard du paragraphe 1 ». Première application dans l'affaire *Mammadov c. Azerbaïdjan*, communiqué de presse CEDH 390 (2017) du 14 décembre 2017.

4 Art. 4§ 3 TUE : « En vertu du principe de coopération loyale, l'Union et les États membres se respectent et s'assistent mutuellement dans l'accomplissement des missions découlant des traités. Les États membres prennent toute mesure générale ou particulière propre à assurer l'exécution des obligations découlant des traités ou résultant des actes des institutions de l'Union. Les États membres facilitent l'accomplissement par l'Union de sa mission et s'abstiennent de toute mesure susceptible de mettre en péril la réalisation des objectifs de l'Union ».

5 V. la jurisprudence relative aux sanctions pécuniaires in Répertoire de la jurisprudence de la CJUE, rubrique « Contentieux » : https://curia.europa.eu/common/recdoc/repertoire_jurisp/bull_3/data/index_3_01_05.htm

6 CJCE, 15 juillet 1960, *Pays-Bas c. Haute Autorité de la Communauté européenne du charbon et de l'acier*, Aff. 25-59.

Une première analyse, purement littérale, montre combien les rédacteurs du Traité ont souhaité que la Commission ait la libre maîtrise du processus, nous soulignons les mots-clés dans chacune des dispositions pertinentes :

– Article 258 :

Si la Commission estime qu'un État membre a manqué à une des obligations qui lui incombent en vertu des traités, elle émet un avis motivé à ce sujet, après avoir mis cet État en mesure de présenter ses observations.

Si l'État en cause ne se conforme pas à cet avis dans le délai déterminé par la Commission, celle-ci peut saisir la Cour de justice de l'Union européenne.

– Article 259 :

Chacun des États membres peut saisir la Cour de justice de l'Union européenne s'il estime qu'un autre État membre a manqué à une des obligations qui lui incombent en vertu des traités.

Avant qu'un État membre n'introduise, contre un autre État membre, un recours fondé sur une prétendue violation des obligations qui lui incombent en vertu des traités, il doit en saisir la Commission.

La Commission émet un avis motivé après que les États intéressés ont été mis en mesure de présenter contradictoirement leurs observations écrites et orales.

Si la commission n'a pas émis l'avis dans un délai de trois mois à compter de la demande, l'absence d'avis ne fait pas obstacle à la saisine de la Cour.

– Article 260 :

1. Si la Cour de justice de l'Union européenne reconnaît qu'un État membre a manqué à une des obligations qui lui incombent en vertu des traités, cet État est tenu de prendre les mesures que comporte l'exécution de l'arrêt de la Cour.

2. Si la commission estime que l'État membre concerné n'a pas pris les mesures que comporte l'exécution de l'arrêt de la Cour, elle peut saisir la Cour, après avoir mis cet État en mesure de présenter ses observations. Elle indique le montant de la somme forfaitaire ou de l'astreinte à payer par l'État membre concerné qu'elle estime adapté aux circonstances.

Si la Cour reconnaît que l'État membre concerné ne s'est pas conformé à son arrêt, elle peut lui infliger le paiement d'une somme forfaitaire ou d'une astreinte. Cette procédure est sans préjudice de l'article 259.

3. Lorsque la Commission saisit la Cour d'un recours en vertu de l'article 258, estimant que l'État membre concerné a manqué à son obligation de communiquer des mesures de transposition d'une directive adoptée conformément à une procédure législative, elle peut, lorsqu'elle le considère approprié, indiquer le montant d'une somme forfaitaire ou d'une astreinte à payer par cet État, qu'elle estime adapté aux circonstances.

Si la Cour constate le manquement, elle peut infliger à l'État membre concerné le paiement d'une somme forfaitaire ou d'une astreinte dans la limite du montant indiqué par la Commission. L'obligation de paiement prend effet à la date fixée par la Cour dans son arrêt.

L'opportunité dans le sens d'un choix, d'une liberté est par conséquent inhérente au recours en manquement et rejoint les pouvoirs généraux conférés à la Commission européenne par le Traité. Cette opportunité est consacrée en tant que telle par le juge et particulièrement visible et affichée, voire revendiquée (I). Mais nous nous interrogerons sur la tendance de cette opportunité à se réduire eu égard aux attentes légitimes formulées envers l'UE (II). Selon que l'on emprunte au vocabulaire de la procédure pénale ou à celui du droit administratif : se dirige-t-on vers un principe de légalité des poursuites⁷ et vers une compétence liée⁸ de la Commission dans certains domaines ? Au fond comment la politisation du droit de l'UE influence-t-elle l'utilisation par la Commission de l'opportunité dans le recours en manquement⁹ ? Plus fondamentalement, comment *l'humanisation* du droit concourt-elle à enserrer l'autorité de contrôle¹⁰ ?

I. Une opportunité du déclenchement du recours en manquement consacrée et affichée

Reconnu très tôt par la Cour de justice (A), le caractère discrétionnaire du pouvoir de déclencher les poursuites est rendu particulièrement visible dans les rapports et autres documents de communication de la Commission. Pourtant le discours de plus en plus politique a aujourd'hui tendance à opacifier les données chiffrées brutes et à rendre l'approche comptable trop réductrice (B).

A. Un pouvoir discrétionnaire reconnu de façon constante par la Cour de justice

La consécration de ce pouvoir discrétionnaire se présente comme une véritable garantie que la Commission n'hésite pas à rappeler elle-même en la présentant comme un acquis. En témoignent les termes qu'elle utilise dans la Communication « Le droit de l'UE : Une meilleure application pour de meilleurs résultats » publiée en janvier 2017¹¹ : « Dans l'exercice de ce rôle, la Commission jouit d'un pouvoir d'appréciation discrétionnaire pour décider d'entamer ou non, et à quel moment, une procédure d'infraction et de porter ou non, et à quel moment, une affaire devant la Cour. »

7 La légalité des poursuites désigne le « Système selon lequel le ministère public est tenu d'engager des poursuites dès lors que les agissements portés à sa connaissance renferment, vérification par lui faite, tous les éléments d'une infraction ; s'op. à l'opportunité des poursuites » (G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, 9e éd., PUF, 2012).

8 La compétence liée désigne le « pouvoir qu'exerce une autorité quand elle n'a pas le choix entre plusieurs solutions. Par op. pouvoir discrétionnaire » ((G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*).

9 B. BERTRAND note en effet : « Le positivisme européen ne résulte pas que du juge. Au sein des institutions européennes, la méthode affichée pour faire fonctionner le triangle décisionnel repose très largement sur une technicisation des enjeux et, par là même, une dépolitisation des questions européennes. La Commission, telle qu'elle se présente, est longtemps apparue davantage comme une autorité administrative, comme une institution tirant sa légitimité de la défense d'un intérêt général européen conçu de façon rationnelle et technique que comme une institution politique chargée de défendre certaines orientations politiques. Dans son mode de nomination comme dans son fonctionnement, la Commission a longtemps semblé souhaiter ne pas mettre en avant les orientations politiques qu'elle cherchait à porter, même si certaines évolutions sont venues nuancer cette idée », *op. cit.*

10 Pour reprendre l'expression du juge à la Cour internationale de Justice Antonio Augusto Cançado Trindade (notamment *International Law for Humankind : Towards a New Jus Gentium*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, 728 p.).

11 JOUE, C 18/10 du 19 janvier 2017.

Effectivement, la jurisprudence marque une réelle constance dans ce domaine et ne semble ouvrir aucune brèche¹². Dans chaque affaire, le juge réaffirme à titre de principe qu'il incombe à la Commission « d'apprécier l'opportunité d'agir contre cet État, de déterminer les dispositions qu'il a violées et de choisir le moment où elle initiera la procédure en manquement à son encontre, les considérations qui déterminent ce choix ne pouvant affecter la recevabilité de son recours ». Le juge poursuit : « Compte tenu de cette marge d'appréciation, la Commission est libre d'entamer une procédure en manquement contre certains seulement des États membres qui se trouvent dans une situation comparable du point de vue du respect du droit communautaire. Elle peut ainsi, notamment, décider d'engager des procédures en manquement à l'encontre d'autres États membres à un moment ultérieur, après avoir eu connaissance de la solution à laquelle ont abouti les premières procédures ».

Ce caractère discrétionnaire ainsi consacré implique l'irrecevabilité d'un recours en carence intenté à l'encontre de la Commission¹³ ainsi que celle d'un recours en annulation à l'encontre de son refus d'agir¹⁴.

Ce pouvoir est particulièrement étendu dans la phase pré-contentieuse régie par les articles 258 et 259 du TFUE. En revanche, la Cour en restreint le champ dans la phase post-contentieuse d'exécution des sanctions financières et rappelle à la Commission les limites de son intervention. Ainsi, elle confirme, dans l'arrêt *Commission c./ Portugal* de 2014¹⁵, la spécificité du manquement sur manquement de l'article 260 § 1 du TFUE : « Contrairement à la procédure instituée par l'article 258 TFUE, qui vise à faire constater et à faire cesser le comportement d'un État membre constituant une violation du droit de l'Union [...], l'objet de la procédure prévue à l'article 260 TFUE est beaucoup plus circonscrit, en ce qu'il ne vise qu'à inciter un État membre défaillant à exécuter un arrêt en manquement ». Elle continue : « En conséquence, cette dernière procédure doit être considérée comme une procédure juridictionnelle spéciale d'exécution des arrêts de la Cour et, en d'autres termes, comme une voie d'exécution [...]. Par conséquent, ne peuvent être traités dans le cadre d'une telle procédure que les manquements aux obligations incombant à l'État membre en vertu du traité FUE que la Cour, sur la base de l'article 258 TFUE, a considéré comme fondés ». Elle en conclut que « La Cour dispose donc d'une compétence exclusive à cet égard qui lui est confiée directement et expressément par le traité et sur laquelle la Commission ne saurait empiéter dans le cadre de la vérification de l'exécution d'un arrêt rendu par la Cour en application de l'article 260, paragraphe 2, TFUE ». Il en découle que la Commission ne saurait, en adoptant une décision, trancher elle-même un tel différend et en tirer les conséquences qui s'imposent pour le calcul de l'astreinte.

Ce recadrage jurisprudentiel des pouvoirs de la Commission en phase post-contentieuse contribue à nouveau à mettre en exergue la nature et la portée de son pouvoir dans la phase préalable, comme le démontrent d'ailleurs de façon plus visible les informations publiées chaque année.

12 Notamment CJCE, 6 décembre 1989, *Commission c. Grèce*, aff. C-329/88 ; CJCE, 1^{er} juin 1994, *Commission c. Allemagne*, aff. C-317/92, CJCE, 6 octobre 2009, *Commission c. Espagne*, aff. C-562/07 ; CJCE, 19 mai 2009 *Commission c. Italie*, C-531/06.

13 CJCE, 15 janvier 1998, *Intertronic*, aff. C-196/97 P.

14 CJCE, 9 juillet 1998, *Smanor*, C-317/97.

15 CJUE, 15 janvier 2014, *Commission c. Portugal*, aff. C-292/11, § 39 et s. et le commentaire de D. BLANC, *RTDE*, 2015, p. 285 et s. V. également Trib. UE, 28 mars 2017, *Portugal c. Commission*, aff. T-733-15.

B. Une opportunité visible mais difficilement appréciable

La question ici sous-jacente est celle des outils permettant de rendre visibles les infractions des Etats au droit de l'UE et la diligence de la Commission pour les faire cesser. En creux, cela interroge sur l'existence d'outils permettant d'apprécier la mise en œuvre du pouvoir discrétionnaire : peut-on déterminer, en dehors bien sûr du contrôle du juge qui intervient forcément en dernier ressort et de façon non systématique, les critères, y compris chiffrés, garantissant que l'opportunité ne confine pas à l'arbitraire ? Il en va en effet de la crédibilité de l'action de la Commission.

Rappelons tout d'abord qu'il existe aujourd'hui trois modalités de détection des infractions : les plaintes, le décèlement d'office et les rapports fournis par les États membres. On peut également ajouter les pétitions et questions devant le Parlement européen en tant que sources d'informations.

Pour l'heure, il n'est possible de quantifier, certes de façon tout à fait partielle, que les proportions d'infractions commises par les États membres faisant effectivement l'objet de poursuites. Pour ce faire, le rapport annuel sur l'application du droit de l'UE est une source intéressante¹⁶, mais nécessairement partielle puisqu'il émane de la Commission elle-même et est alimenté par les États membres¹⁷. Depuis 1984, il a vocation à répondre à une demande formulée par le Parlement européen qui adopte ensuite chaque année une résolution sur la base de ce rapport.

Pendant longtemps, le rapport annuel était un document administratif presque austère fournissant de façon quasi systématique les chiffres relatifs aux infractions et à leur traitement par la Commission. Les données pouvaient aisément être comparées d'une année à l'autre pour conclure à des progrès – ou non – dans l'application du droit de l'UE. Par exemple, le rapport annuel pour 2016¹⁸, comme les précédents, consacre toute une partie à l'exposé des chiffres relatifs aux procédures d'infraction ainsi que l'identification des États et domaines concernés. Globalement, avant le lancement d'une éventuelle procédure d'infraction, le total des cas relevés s'élève à 4 303, dont 3 783 plaintes. Puis, dans la phase pré-contentieuse, sont recensées 986 procédures par l'envoi d'une lettre de mise en demeure ; en 2016, la Commission a clôturé : 520 dossiers d'infraction après envoi de lettres de mise en demeure, 126 dossiers après envoi d'avis motivés, 18 dossiers après avoir décidé de saisir la Cour de justice mais avant d'envoyer la requête. Concernant la phase contentieuse, 28 arrêts ont été rendus en 2016 dont 23 en faveur de la Commission. *Grosso modo*, un quart des infractions donnent lieu à une poursuite, moins de 30 % des procédures ont abouti à un avis motivé et moins de 3 % à un arrêt de la Cour. Bien que ces proportions restent très artisanalement calculées, elles donnent à voir tant le travail de filtrage de la Commission que les effets de la négociation menée avec l'État notamment grâce à EU-Pilot, plateforme en ligne utilisée par les États membres et la Commission pour établir le cadre factuel, désamorcer et discuter en cas d'infractions potentielles au droit de l'UE. Le rapport annuel pour 2017¹⁹ montre une légère diminution (de 5,91 %) des procédures d'infraction ouvertes en

16 https://ec.europa.eu/info/publications/annual-reports-monitoring-application-eu-law_en

17 Le tableau d'affichage annuel du marché unique permet également d'évaluer la mise en œuvre des Etats, les progrès de l'ouverture des marchés et la coopération à un certain nombre d'outils comme L'Europe est à vous, Solvit et Eures.

18 COM (2017) 370 final.

19 COM (2018) 540 final.

comparaison avec l'année précédente. Ainsi, après avoir atteint un pic en 2016, le nombre d'affaires a commencé à se stabiliser.

Mais au-delà des chiffres, ce rapport montre une rupture formelle avec les précédents, même s'il faut bien avouer que l'évolution était déjà perceptible. Cette rupture se concrétise par une approche thématique et résolument stratégique directement en lien avec les engagements consignés dans la Communication « Le droit de l'UE : Une meilleure application pour de meilleurs résultats ». Cette présentation plus politique, presque plus ludique avec ses photos, a pour effet de noyer les informations chiffrées au profit de données plus fragmentées²⁰. Le rapport annuel devient dès lors un véritable outil de communication. Il rend compte de la nouvelle politique de la Commission en matière de contrôle de l'application de la législation : « La Commission a établi des priorités claires qui guideront ses actions pour poursuivre les infractions présumées au droit de l'Union. Conformément à ces priorités et à son engagement de contrôler de manière plus stratégique l'application du droit de l'Union, la Commission a clôturé certains dossiers lorsque cela semblait approprié d'un point de vue stratégique » (p. 6).

Si l'opportunité des poursuites semble désormais répondre plus clairement à des éléments de stratégie politique, la question des outils utilisés par les services de la Commission pour apprécier la nécessité d'une procédure en manquement reste entière : quels critères ? Quel seuil de gravité ? Pourrait-on envisager une analyse d'impact ? Quels types de considérations déterminent le choix de la Commission ? On entrevoit ici l'enjeu principal du sujet qui est non pas d'entraver l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire sanctuarisé mais plutôt de répondre au souci d'une transparence accrue.

II. Une opportunité du déclenchement du recours en manquement affectée par les attentes envers l'Union européenne

Le respect du droit est depuis longtemps présenté comme un élément essentiel et structurant de l'intégration européenne²¹. Au moment où se pose avec une spéciale acuité la question de l'avenir de l'Union²², la problématique de l'inapplication du droit renvoie inévitablement à une perspective de fragilisation irréversible de l'édifice.

Dans un contexte marqué par de nombreux défis et par des attentes variées exprimées notamment lors des consultations citoyennes, il est permis de s'interroger sur l'évolution vers une automaticité des poursuites au regard de deux séries de facteurs à la fois internes et externes : les uns tiennent à l'affirmation de la Commission comme acteur politique (A), les autres sont liés aux impératifs de la protection effective des droits fondamentaux (B).

²⁰ Il est toujours possible de disposer de chiffres notamment grâce aux fiches d'infractions établies chaque mois et publiées sur le site internet Europa ainsi que grâce à la consultation du Registre sur les décisions d'infraction.

²¹ R. LECOURT, *L'Europe des juges*, Bruylant, 2008, 321 p. ; P. PESCATORE, *Le droit de l'intégration*, Bruylant, 2005, 100 p.

²² Commission européenne, *Livre blanc sur l'avenir de l'Europe*, 2017 :

https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/livre_blanc_sur_lavenir_de_leurope_fr.pdf

A. L'opportunité affectée par l'intensification de la traque de la Commission contre l'inapplication du droit

Le discours est récurrent : assurer l'effectivité du droit de l'UE. Les moyens pour y parvenir sont envisagés depuis une quinzaine d'années dans le contexte du « Mieux légiférer » et les propositions vont clairement dans le sens du renforcement de l'intransigeance de la Commission en cas d'infractions²³. Ainsi, dès le premier Accord institutionnel « Mieux légiférer » du 16 décembre 2003²⁴ jusqu'au dernier Accord de 2016²⁵, la volonté de la Commission d'adopter une démarche proactive quant à l'amélioration de l'application du droit de l'Union dans les droits nationaux est constamment réaffirmée. Après avoir posé l'objectif de « faciliter » la transposition et l'« application pratique » d'une « législation de l'Union de haute qualité », qui soit aussi « simple et claire que possible » dans les États membres, l'Accord interinstitutionnel de 2016 consacre des développements à la question de l'intégration du droit de l'Union dans les États membres : les paragraphes 41 à 45 sont ainsi relatifs à la « mise en œuvre et application de la législation de l'Union »²⁶.

Dans le même sens, la Commission inventorie, dans son Rapport pour 2016, les moyens pour aider les États membres à mieux appliquer et transposer le droit de l'UE : elle s'est d'ailleurs engagée à élaborer des plans de mise en œuvre pour certains règlements ou certaines directives. Ces plans prévoient une série d'outils : comme des documents d'orientation, des groupes d'experts et des sites web spécialisés...

23 V. E. SAULNIER-CASSIA, « L'impact du « Mieux légiférer » sur l'intégration du droit de l'Union européenne dans les États membres : le Mieux et le Bien transposer » in N. RUBIO (dir.), *La fabrication du droit de l'Union européenne dans le contexte du Mieux légiférer*, Collection électronique Confluence des droits, 2018, 219 p.

<https://dice.univ-amu.fr/fr/dice/dice/publications/confluence-droits/parutions>

24 Dans cette communication du Parlement européen, du Conseil et de la Commission du 16 décembre 2003, *JOUE* 31 décembre 2003, C 321/1, les trois institutions rappelaient déjà, dès les engagements et objectifs communs introduisant le texte, qu' : « Elles invitent les États membres à veiller à une transposition correcte et rapide et dans les délais prescrits du droit communautaire dans la législation nationale, conformément aux conclusions de la présidence du Conseil européen lors de ses réunions de Stockholm, Barcelone et Séville ». V. aussi la communication de la Commission de 2005, *Améliorer la réglementation en matière de croissance et d'emploi dans l'Union européenne* (COM (2005) 97 final) ; la décision 14901/05 sur *l'approche interinstitutionnelle commune en matière d'analyse d'impact* ; la communication de la Commission de 2010, *Une réglementation intelligente au sein de l'Union européenne* (COM (2010) 0543) et la communication de la Commission de 2012, *Pour une réglementation de l'UE bien affûtée* (COM (2012) 746 final).

25 Cet Accord a été adopté à la suite des communications de la Commission du 19 mai 2015 : *Améliorer la réglementation pour obtenir de meilleurs résultats – Un enjeu prioritaire pour l'UE*, COM (2015) 215 final et *Proposition d'accord interinstitutionnel relatif à l'amélioration de la réglementation*, COM (2015) 216 final.

26 « VII. Mise en œuvre et application de la législation de l'Union

41. Les trois institutions conviennent de l'importance d'une coopération plus structurée entre elles afin d'évaluer l'application et l'effectivité du droit de l'Union en vue de l'améliorer par le biais de la législation future.

42. Les trois institutions soulignent la nécessité d'une application rapide et correcte de la législation de l'Union dans les États membres. Le délai de transposition des directives sera aussi court que possible et, en règle générale, n'excèdera pas deux ans.

43. Les trois institutions invitent les États membres, lorsque ceux-ci adoptent des mesures visant à transposer ou à mettre en œuvre la législation de l'Union ou à garantir l'exécution du budget de l'Union, à communiquer clairement, à destination de leur public, sur ces mesures. Lorsque, dans le cadre de la transposition de directives en droit national, des États membres décident d'ajouter des éléments qui ne sont aucunement liés à cette législation de l'Union, ces ajouts devraient être identifiables soit grâce aux actes de transposition, soit grâce à des documents associés.

44. Les trois institutions invitent les États membres à coopérer avec la Commission dans la collecte des informations et des données nécessaires au suivi et à l'évaluation de la mise en œuvre du droit de l'Union. Les trois institutions rappellent et soulignent, en ce qui concerne les documents explicatifs qui accompagnent la notification des mesures de transposition, l'importance de la déclaration politique commune du 28 septembre des États membres et de la Commission sur les documents explicatifs et de la déclaration politique commune du 27 octobre 2011 du Parlement européen, du Conseil et de la Commission sur les documents explicatifs.

45. La Commission continuera à présenter chaque année au Parlement européen et au Conseil un rapport sur l'application de la législation de l'Union. Le rapport de la Commission inclut, le cas échéant, une référence à l'information figurant au paragraphe 43. La Commission peut fournir d'autres informations sur l'état de mise en œuvre d'un acte juridique donné ».

Cette priorité implique la mise en œuvre par la Commission d'une véritable stratégie politique en matière d'infractions qu'elle décrit dans la Communication « Le droit de l'UE : Une meilleure application pour de meilleurs résultats » : elle entend ainsi « se concentrer sur les problèmes pour lesquels l'action qu'elle mène pour faire respecter le droit de l'UE peut réellement changer la donne, ainsi que sur les priorités d'action » ; elle « opérera donc une distinction sur la base de la valeur ajoutée qu'une procédure pourra apporter et clôturera certains dossiers lorsqu'elle le jugera opportun d'un point de vue stratégique ».

Cette approche stratégique s'articule autour de deux volets principaux : d'une part, l'encouragement à déposer plainte et, d'autre part, la traque à l'absence de notification des mesures nationales de transposition.

Concernant les plaintes qu'elle présente comme un « moyen important de détecter les infractions », la Commission affirme qu'elle « redoublera d'efforts pour en améliorer le traitement ». Dans l'annexe de la Communication sont prévues les modalités de « procédures administratives pour la gestion des relations avec le plaignant en matière d'application du droit de l'UE » : enregistrement, accusé de réception, modalités de dépôt, communication avec le plaignant, délai d'instruction, plainte auprès du médiateur... Ce faisant, la Commission s'expose au contrôle du Médiateur européen qui veille à ce qu'elle informe le plaignant des suites réservées à sa demande. Ainsi, le programme pilote de la Commission qui vise à garantir que les États membres appliquent correctement la législation de l'UE sans recourir à une procédure d'infraction a fait l'objet d'une enquête stratégique qui a débuté en 2016. Le Médiateur a en effet décidé de se pencher sur ce processus après avoir enquêté sur plusieurs plaintes. Il a demandé à la Commission comment fonctionne la procédure, y compris quels sont les motifs de retards ; comment elle fait part aux plaignants de l'ouverture et de la clôture d'une procédure pilote ; et ce qu'elle fait lorsqu'un État membre tarde à plusieurs reprises à répondre ou ne fournit pas suffisamment d'informations. Ceci l'a conduit à adopter une décision le 14 septembre 2017 (OI/5/2016/AB) dans laquelle il énumère les attentes envers la Commission²⁷, soit autant d'exigences qui concourent à restreindre sa liberté de manœuvre.

27 « 1. Inform complainants of any new significant step in its investigation under “EU Pilot” if they express an interest in closely following the progress of their case. This could include providing complainants with a summary of the Member State’s reply, whenever possible.

2. Make publicly available the list of ongoing EU Pilot dialogues and the status of each file.

Concerning relations with complainants when handling infringement complaints in general :

The Commission should :

3. Provide citizen-friendly information on its website and in the complaint form about the various criteria it takes into account when deciding to close a case.

4. Be particularly careful in addressing separately all aspects of the complainant’s complaint in the pre-closure letter.

5. Respond adequately to any further arguments from the complainant where the Commission nevertheless decides to close the complaint. This should be done in the letter confirming that the case will be closed.

6. Set an indicative deadline for initial analysis of complaints in CHAP and generalise the good practice of sending a holding reply to the complainant when the initial assessment of the complaint cannot be performed within this deadline.

7. To the extent that it does not already do so, when an individual/organisation submits a complaint on a case which the Commission is already investigating, inform the complainant of the progress of its on-going investigation and of its decision to close that case or to open an infringement procedure.

Concerning transparency of the Commission’s action :

The Commission should :

8. Provide more information on its performance in resolving actual breaches of EU law under pre-infringement procedures – and on the average duration of the process – in its annual report on “Monitoring the application of EU law” ».

Concernant la traque à l'absence de notification par les États membres des mesures de transposition des directives, la Commission s'est fixé un délai de 12 mois pour saisir la Cour de justice en cas de défaut persistant de transposition d'une directive. Conformément à la priorité qu'elle accorde à la communication en temps utile des mesures de transposition, la Commission entend exploiter pleinement les possibilités offertes par l'article 260, paragraphe 3, du TFUE pour renforcer son approche des sanctions dans ce domaine. Elle a aussi annoncé qu'elle demanderait systématiquement à la Cour d'infliger une somme forfaitaire combinée à une astreinte. Par l'affichage de cette priorité, la Commission réduit encore le champ de l'opportunité car, par définition, la sanction pour défaut de communication des mesures de transposition revêt un caractère automatique : il suffit de constater l'absence de notification.

La Commission, en voulant s'ériger en véritable acteur politique, concourt donc à sa propre pressurisation en présentant une meilleure application du droit comme un gage de meilleurs résultats. Au-delà de ce facteur interne d'évolution de l'opportunité, il y a aussi un facteur externe induit par la consolidation de l'Union de droit en réaction aux atteintes dans certains États membres.

B. L'opportunité affectée par l'amplification de la défense de l'Union de droit

L'amplification de la défense de l'Union de droit découle, d'une part, des attentes suscitées par la jurisprudence relative au respect du principe de transparence et, d'autre part, de celles attendues par les citoyens dans le cadre du respect des valeurs européennes. Autrement dit, nous nous interrogerons sur la question de savoir comment l'opportunité du déclenchement du recours en manquement s'adapte au courant *d'humanisation* du droit.

La jurisprudence de la Cour de justice va dans le sens d'une plus grande ouverture et d'un meilleur accès des citoyens aux dossiers contentieux. Ainsi, dans l'arrêt *Breyer*²⁸, la Cour reconnaît-elle le droit d'accès aux mémoires des États dans le cadre d'une procédure en manquement close alors que la Commission arguait que tout document lié à l'activité juridictionnelle de la Cour devait être exclu de cet accès, peu importait d'ailleurs son auteur ou son possesseur. Il n'y a donc *a priori* désormais plus d'obstacles pour que la Commission divulgue ses propres mémoires, ce qui conduit à ouvrir la voie à une certaine forme de contrôle de la part des citoyens. Bien sûr, il s'agit ici de la phase contentieuse du recours, mais inmanquablement l'accès aux documents permettra de remonter le fil et de s'interroger sur la ou les raisons pour lesquelles la Commission a engagé les poursuites, mettant ainsi un coup de projecteur sur une étape marquée par une grande opacité du fait du caractère discrétionnaire du déclenchement. D'ailleurs, les conclusions de l'Avocat général Bobek vont dans ce sens : il propose en

28 CJUE, 18 juillet 2017, *Breyer*, aff. C-213/15 : « Dans ce contexte, la circonstance que les documents détenus par l'une des institutions visées par le règlement n° 1049/2001 aient été établis par un État membre et présentent un lien avec des procédures juridictionnelles n'est pas de nature à exclure de tels documents du champ d'application de ce règlement ». « Il convient de rappeler, dans ce contexte, que, dans l'arrêt du 21 septembre 2010, *Suède e.a./API et Commission* (C-514/07 P, C-528/07 P et C-532/07 P, EU :C :2010 :541), la Cour a reconnu l'existence d'une présomption générale selon laquelle la divulgation des mémoires déposés par une institution dans le cadre d'une procédure juridictionnelle porte atteinte à la protection d'une procédure juridictionnelle au sens de l'article 4, paragraphe 2, deuxième tiret, du règlement n° 1049/2001 tant que ladite procédure est pendante. Cette présomption générale de confidentialité s'applique également aux mémoires déposés par un État membre dans le cadre d'une telle procédure. Cela étant, comme la Cour l'a précisé, l'existence d'une telle présomption n'exclut pas le droit de l'intéressé de démontrer qu'un document donné dont la divulgation est demandée n'est pas couvert par ladite présomption ».

effet que la décision relative à l'accès aux documents juridictionnels devrait appartenir en premier chef à la Cour de justice et non à une partie ou un intervenant. Il développe ainsi un raisonnement visant à démontrer que les juridictions ne peuvent plus échapper par principe aux valeurs d'ouverture dans leur activité juridictionnelle au quotidien : il en va de la qualité de la justice. Par le truchement de cette surveillance publique, l'ouverture ne peut que consolider la légitimité institutionnelle générale des juridictions mais également celle des acteurs politiques.

De façon plus globale, le recours en manquement est aujourd'hui utilisé comme un pis-aller de la procédure politique de l'article 7 du TUE²⁹ pour garantir les valeurs « de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités » (art. 2 TUE). La lourdeur de la mise en œuvre du mécanisme a conduit la Commission à proposer dès 2014 un « Cadre en vue de la sauvegarde de l'État de droit ». Cet outil d'alerte précoce vise à permettre à la Commission d'entamer un dialogue avec l'État afin d'empêcher toute escalade dans les menaces systémiques envers l'État de droit. Dans le cas où le nouveau cadre de l'UE pour l'État de droit ne permet pas de dégager une solution, l'article 7 TUE est activé en dernier recours.

L'enlèvement de l'Union face aux provocations de certains États membres comme la Hongrie et la Pologne a conduit à mobiliser le recours en manquement, faute de mieux... Ainsi, à la suite des mesures adoptées par le gouvernement hongrois en 2012, la Commission a lancé une procédure d'infractions concernant le système judiciaire et l'indépendance de l'autorité de protection des données, le manquement a été constaté par la Cour en 2014³⁰. De même, les contentieux récents concernant la Pologne sont significatifs de la mobilisation du recours en manquement comme moyen de pression et sont très instructifs sur la panoplie des moyens procéduraux invocables par la Commission. Ainsi, la Cour de justice a-t-elle fait droit à toutes les demandes de l'exécutif, et ce avant même que la Pologne n'ait présenté ses observations dans le cadre de la procédure de référé³¹.

À ce stade, les vraies questions sont sans doute celles de savoir si les États respecteront ou non les arrêts de la Cour dans ces hypothèses et – bien plus généralement – quels sont les impacts de la constatation du manquement sur l'application du droit.

29 1. Sur proposition motivée d'un tiers des États membres, du Parlement européen ou de la Commission européenne, le Conseil, statuant à la majorité des quatre cinquièmes de ses membres après approbation du Parlement européen, peut constater qu'il existe un risque clair de violation grave par un État membre des valeurs visées à l'article 2. Avant de procéder à cette constatation, le Conseil entend l'État membre en question et peut lui adresser des recommandations, en statuant selon la même procédure.

Le Conseil vérifie régulièrement si les motifs qui ont conduit à une telle constatation restent valables.

2. Le Conseil européen, statuant à l'unanimité sur proposition d'un tiers des États membres ou de la Commission européenne et après approbation du Parlement européen, peut constater l'existence d'une violation grave et persistante par un État membre des valeurs visées à l'article 2, après avoir invité cet État membre à présenter toute observation en la matière.

3. Lorsque la constatation visée au paragraphe 2 a été faite, le Conseil, statuant à la majorité qualifiée, peut décider de suspendre certains des droits découlant de l'application des traités à l'État membre en question, y compris les droits de vote du représentant du gouvernement de cet État membre au sein du Conseil. Ce faisant, le Conseil tient compte des conséquences éventuelles d'une telle suspension sur les droits et obligations des personnes physiques et morales.

Les obligations qui incombent à l'État membre en question au titre des traités restent en tout état de cause contraignantes pour cet État.

4. Le Conseil, statuant à la majorité qualifiée, peut décider par la suite de modifier les mesures qu'il a prises au titre du paragraphe 3 ou d'y mettre fin pour répondre à des changements de la situation qui l'a conduit à imposer ces mesures.

5. Les modalités de vote qui, aux fins du présent article, s'appliquent au Parlement européen, au Conseil européen et au Conseil sont fixées à l'article 354 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

30 CJUE, 8 avril 2014, *Commission c. Hongrie*, aff. C-288/12.

31 S'agissant de l'abaissement de l'âge de la retraite des juges de la Cour suprême, Ord. 19 octobre 2018, *Commission c. Pologne*, C-619/18. Voir également le recours relatif à la protection de la forêt de Biatowieska, CJUE, *Commission c. Pologne*, C-441-17, et le commentaire de L. COUTRON, « La Cour de justice au secours de la forêt de Biatowieska, Coup de tonnerre dans le recours en manquement ! », *RTDE*, 2018, p. 321 et s.

Le recours en manquement n'est certes pas la panacée pour pallier l'inapplication du droit, mais il a le mérite d'exister. Il reste un instrument précieux mobilisable par la Commission dans le cadre d'une véritable stratégie politique menée au service des intérêts de l'Union et des citoyens et présentée chaque année dans le cadre du Discours sur l'Union et de son programme de travail. La consolidation d'un nouvel *ordre public européen* ne peut donc plus se satisfaire de l'opacité et des insuffisances d'un mécanisme qui n'est au fond qu'un *ultima ratio* face aux États récalcitrants.

Il est temps de s'interroger sur la question de l'articulation du recours en manquement avec d'autres formes de contrôle du respect du droit plus décentralisées et plus participatives :

- l'engagement de la responsabilité de l'État devant le juge national du fait des violations du droit de l'UE,
- la pénalisation des poursuites à l'instar du parquet européen,
- Le renforcement des plateformes comme Solvit et EU pilot,
- Le déploiement de réseaux d'experts nationaux assurant une surveillance des États à l'instar du modèle Schengen³²...

Si le droit a construit l'œuvre européenne, l'inapplication du droit contribue à alimenter la réflexion sur le ressort essentiel du projet européen qui est et a toujours été politique.

³² Article 70 TFUE : « Sans préjudice des articles 258, 259 et 260, le Conseil, sur proposition de la Commission, peut adopter des mesures établissant des modalités par lesquelles les États membres, en collaboration avec la Commission, procèdent à une évaluation objective et impartiale de la mise en œuvre, par les autorités des États membres, des politiques de l'Union visées au présent titre, en particulier afin de favoriser la pleine application du principe de reconnaissance mutuelle. Le Parlement européen et les parlements nationaux sont informés de la teneur et des résultats de cette évaluation ».

CHAPITRE II

LES INSUFFISANCES DES MÉCANISMES JURIDICTIONNELS

LES RÉCENTES RÉFORMES DE LA PROCÉDURE CIVILE, FACTEUR D'INAPPLICATION DU DROIT ?

Marcel ALINE¹

Résumé

Le procès est peut-être la forme la plus visible de l'application du droit, bien qu'elle en soit un mécanisme subsidiaire qui n'intervient qu'en cas d'échec de l'application « amiable ». Ce dernier recours contre l'inapplication du droit devrait donc la combattre. Cependant, les nombreuses réformes qui ont affecté la procédure civile française au cours des quinze dernières années ouvrent des hypothèses de plus en plus nombreuses d'inapplication du droit. Cette inapplication est ainsi favorisée par les obstacles posés à l'accès au juge, tels que les modes alternatifs de règlement des conflits, ou les limites imposées à son office.

Abstract

Trials may be the most prominent form of law application, even though it is merely a subsidiary mechanism since it comes into play only when the "amicable" application fails. This last resort should fight the non-application of the law. Although, French civil procedure is currently evolving significantly and, among the numerous reforms that occurred in the past fifteen years, one can only observe that some of them open more and more possibilities for a non-application of the law. Non-application of the law is thus stimulated by barriers that make it more difficult to access to a judge, we especially think about alternative dispute resolution, but also about those that affect the decision process that limits the judge's role.

Henri Motulsky affirmait en 1948, dans sa thèse consacrée aux principes d'une réalisation méthodique du droit privé², que « la lutte judiciaire » est « l'hypothèse la plus fréquente et la plus pratique de la réalisation du Droit³ ». Plus tard, il précisera que « L'essence du droit se révèle dans sa réalisation ; et s'il est exact que le droit en litige est loin de constituer *tout* le droit, il est tout

1 Docteur en droit de l'Université de Strasbourg.

2 H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé : la théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Thèse Paris, 1948, Réed. Dalloz, 2002.

3 *Ibid.*, spec. n° 80.

aussi vrai que c'est dans le litige que le droit se concrétise de la manière la plus efficace et la plus aisément saisissable⁴ ». De sorte que « la fonction juridictionnelle est la plus haute expression de l'application de la loi⁵ ».

Si la première affirmation mérite d'être nuancée, car dans la majorité des cas le droit s'applique et se réalise hors de tout contentieux et par là même hors des tribunaux, il n'en reste pas moins que le procès en est la forme la plus visible. Plus fondamentalement, dès lors que l'appel au juge marque le dernier recours pour obtenir le respect des règles de droit, la procédure – entendue comme l'« [e]nsemble des règles gouvernant un type de procès⁶ », ici le procès civil – devrait tendre vers la plus grande garantie possible de l'application du droit substantiel⁷ et le juge être l'agent de cette application⁸. Bien évidemment, les règles de procédure ne peuvent poursuivre cette seule finalité dans l'absolu. En effet, celle-ci ne saurait être détachée des contraintes matérielles de l'activité de juger et, notamment, de l'exigence du respect d'un délai raisonnable de jugement afin d'en garantir l'effectivité. Un certain équilibre doit donc être trouvé entre ces différentes aspirations parfois contradictoires.

Actuellement, les règles applicables au procès civil se trouvent dans leur immense majorité dans le code de procédure civile adopté en 1975. Cette « œuvre législative majeure⁹ » fut l'objet d'un long travail de réflexion débuté dès la fin des années 1960 et qui trouva son terme au début des années 1980¹⁰. De l'achèvement du code jusqu'aux dernières années du xx^e siècle, la procédure civile resta une matière relativement stable, car détachée des passions de l'opinion (contrairement à son homologue pénale). Mais depuis l'entrée dans le nouveau millénaire, cette œuvre d'une grande cohérence subit d'importants bouleversements¹¹, notamment sous l'influence des contraintes économiques de plus en plus prégnantes pesant sur la justice.

Il ne saurait être question, dans les limites de cette étude, de recenser l'ensemble des modifications intervenues pour en mesurer l'impact sur l'objectif de l'application du droit par le procès. Cependant, deux tendances ressortent plus généralement de ces réformes. Parmi elles, certaines ouvrent des interstices d'inapplication du droit par leur action sur le processus de décision proprement dit (II), tandis que d'autres, plus en amont, développent les mêmes conséquences, par les obstacles qu'elles mettent à l'accès même à ce processus (I).

4 H. MOTULSKY, « L'office du juge et la loi étrangère » in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, 1960, T. 1, p. 337, spec. n° 1.

5 *Ibid.*, spec. n° 2.

6 V° « Procédure » in *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, sous la dir. de G. CORNU, 12^e éd. mise à jour, 2017, p. 812.

7 Nous nous intéresserons donc ici à l'(in)application du droit « par le procès » et non à l'(in)application des règles de droit « du procès » c'est-à-dire celle des règles de procédure et des obstacles qu'elle peut rencontrer.

8 C'est ce qu'exprime l'article 12 al. 1^{er} CPC : « Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables ».

9 Selon les termes de J. HÉRON, Th. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, LGDJ, Lextenso éditions, Domat droit privé, 6^e éd., 2015, spec. n° 16.

10 Sur le processus d'élaboration du code, on se reportera avec profit aux écrits de ceux qui ont participé à sa rédaction, entre autres, Cl. PARODI, *L'esprit général et les innovations du nouveau code de procédure civile*, Répertoire du notariat Defrénois, 1976, spec. n° 5-11 ; G. CORNU, « L'élaboration du code de procédure civile », *Revue d'histoire des Facultés de droit et de la science juridique* n° 16, 1995, p. 241 ; « L'avènement du nouveau code de procédure civile. La codification » in *Le nouveau code de procédure civile : vingt ans après : actes du colloque des 11 et 12 décembre 1997*, La Documentation française, 1998, p. 19 ; J. FOYER, « Préface » in J. FOYER, C. PUIGELIER (dir.), *Le nouveau code de procédure civile (1975-2005)*, Economica, 2006, p. XII.

11 À titre d'illustration, on consultera pour le droit écrit le recensement des réformes couvrant la période 2010-2017 effectué par les auteurs du rapport « Amélioration et simplification de la procédure civile » (sous la dir. F. AGOSTINI et N. MOLFESSIS, spec. p. 6, notes 3 et 4 in *Chantiers de la Justice*, Ministère de la Justice, 2018) rendu public le 15 janvier 2018 dans le cadre des « Chantiers de la Justice » lancés fin 2017 par le garde des Sceaux.

I. L'inapplication du droit favorisée par les obstacles posés à l'accès au processus de décision en droit

Les obstacles à l'accès au juge peuvent être multiples, qu'ils soient juridiques ou matériels¹². Sous l'influence de la Convention européenne des droits de l'Homme et de la jurisprudence de sa Cour, le législateur¹³ français s'est engagé, globalement, dans un processus de réduction de ces obstacles. Cependant, la faveur qu'il manifeste pour les modes alternatifs de règlement des conflits¹⁴ semble, au rebours, tendre aujourd'hui à éloigner le justiciable de son juge.

À ce développement de la « justice amiable » concourent plusieurs facteurs¹⁵. Le premier est bien évidemment l'encombrement de la justice civile par l'augmentation du contentieux. Dans cette optique, « [l]es solutions alternatives apparaissent alors comme autant de circuits de dérivation [...]»¹⁶ de ce contentieux offrant aux justiciables une solution plus rapide à leurs différends et à l'État un vecteur d'économie budgétaire. Le deuxième tient, plus profondément, à l'évolution de la société, car « l'État n'est plus ce qu'il était et, par conséquent, la loi non plus [...] ». Ce déclin du légicentrisme est de nature à favoriser la contractualisation des rapports sociaux, en général, et la contractualisation du procès en particulier¹⁷. Enfin, de manière plus générale, le recours aux modes amiables de règlement des différends peut se réclamer du sentiment de justice, qui ne coïncide pas toujours avec l'application du droit¹⁸, tandis que, l'amiable sied davantage à certains types de litiges dans lesquels les parties seront amenées par la suite à rester en contact et où l'acceptation de la solution est un important moteur de son exécution.

Mais alors que la mise en œuvre d'une tentative de règlement amiable du litige tend à devenir une condition d'accès au juge et donc au processus de décision en droit (A), le développement des modes alternatifs de règlement des conflits menace de devenir un important facteur d'inapplication du droit (B).

A. Le développement de restrictions à l'accès au juge en l'absence de tentative de règlement amiable

Dans certains domaines, les bénéfices du recours aux modes alternatifs de règlement des conflits pour trancher le litige opposant deux ou plusieurs personnes sont particulièrement évidents. Il en est ainsi de la matière familiale où les parties en opposition seront souvent amenées à conserver des

12 Voir S. GUINCHARD et al., *Droit processuel : Droits fondamentaux du procès*, Précis Dalloz, 9^e éd., 2016, spec. n° 300305 pour les obstacles juridiques et n° 306307 pour les obstacles matériels, ici surtout sous l'angle financier.

13 Depuis 1958, la procédure civile ressort, en principe, des attributions du pouvoir réglementaire par application des articles 34 et 37 de la Constitution. Il faut donc comprendre ici législateur au sens matériel et non au sens formel du terme.

14 Que l'on peut définir de façon générale comme « l'ensemble des procédés conduisant à une solution amiable des conflits » (L. CADIET, Th. CLAY, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, Dalloz, Connaissance du droit, 2^e éd., 2017, spec. p. 30).

Témoigne très symboliquement de cette faveur du législateur, la création par le décret n° 201266 du 20 janvier 2012 *relatif à la résolution amiable des différends* d'un Livre V dans le code de procédure civile consacré à « La résolution amiable des différends ».

15 L. CADIET, Th. CLAY, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, op. cit., spec. p. 34.

16 *Ibid.*, spec. p. 3.

17 *Ibid.*, spec. p. 4.

18 Voir en ce sens, *ibid.*, spec. p. 9.

liens dans le futur. Cela explique et justifie que l'article 15 de la loi n° 20111862 du 13 décembre 2011 *relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles* ait imposé à titre expérimental dans certains tribunaux de grande instance jusqu'au 31 décembre 2014 que les demandes formées en vue de modifier ou compléter les modalités d'exercice de l'autorité parentale ou la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant soient précédées d'une tentative de médiation familiale à peine d'irrecevabilité de la demande¹⁹. Le mécanisme était cependant sécurisé en ce que cette tentative obligatoire était exclue « 1° Si la demande émane conjointement des deux parents afin de solliciter l'homologation d'une convention selon les modalités fixées à l'article 373-2-7 du code civil; 2° Si l'absence de recours à la médiation est justifiée par un motif légitime », mais surtout « 3° Si cette tentative de médiation préalable risque, compte tenu des délais dans lesquels elle est susceptible d'intervenir, de porter atteinte au droit des intéressés d'avoir accès au juge dans un délai raisonnable ». Devant son succès²⁰, l'article 7 de loi n° 20161547 du 18 novembre 2016 *de modernisation de la justice du XXI^e siècle* a reconduit le dispositif. Ainsi, toujours à titre expérimental, devant certains tribunaux de grande instance jusqu'au 31 décembre 2019, les parties devront recourir à une telle médiation sous peine de voir leur demande de modification ou de complément des modalités de l'exercice de l'autorité parentale ou de la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant déclarée irrecevable d'office par le juge²¹. Il est toutefois notable que la dernière cause d'exemption a été modifiée puisqu'il s'agit désormais de l'hypothèse dans laquelle « des violences ont été commises par l'un des parents sur l'autre parent ou l'enfant ». A donc disparu des textes, la réserve tenant à l'accès au juge dans un délai raisonnable, même s'il est possible de la rattacher à l'existence d'un motif légitime d'absence de recours à la médiation.

Si cette nouvelle expérimentation rencontre le même succès que la précédente, il n'est pas exclu que le dispositif soit à court terme généralisé. Néanmoins, la spécificité de la matière le justifie et son champ d'application n'en fait pas une menace sérieuse quant à l'accès à une décision en droit des litiges. Pourtant, de telles exigences ont également essaimé dans des domaines et dans des conditions où leur pertinence peut être remise en cause.

Le décret n° 2015282 du 11 mars 2015 *relatif à la simplification de la procédure civile à la communication électronique et à la résolution amiable des différends*²² marque, en droit commun, la première étape, certes timide, vers une restriction de l'accès au juge en l'absence de tentative de règlement amiable.

19 Celle-ci peut être déclarée irrecevable d'office par le juge mais il ne s'agit pas d'une obligation pour ce dernier, ce qui ajoute de la souplesse au dispositif. Cependant, la pression statistique pesant sur les juges serait plutôt de nature à les encourager à la prononcer.

20 Voir en ce sens, Th. CLAY, « L'arbitrage, les modes alternatifs de règlement des différends et la transaction dans la loi "Justice du XXI^e siècle" », *op. cit.*, spec. n° 38 qui fait état d'un taux de succès de la médiation de 77 % dans les tribunaux de grand instance concernés (soit celui d'Arras et celui de Bordeaux).

21 Il ne s'agit toujours ici que d'une simple faculté.

22 Pour un commentaire, voir Y. STRICKLER, « Le décret n° 2015282 du 11 mars 2015 relatif à la simplification de la procédure civile à la communication électronique et à la résolution amiable des différends », *Procédures* n° 6, juin 2015, étude 6 et plus particulièrement tourné vers ce dernier aspect du décret, C. BLÉRY, J.P. TEBOUL, « Une nouvelle ère pour la procédure civile (suite, mais sans doute pas fin) », *Gaz. Pal.* n° 108, 18 avril 2015, p. 7.

En effet, l'article 18 de ce décret modifie l'article 56 du code de procédure civile relatif à l'assignation qui est le mode principal d'introduction de l'instance en matière contentieuse. Dorénavant, aux termes du nouvel alinéa 3 de l'article, celle-ci devra préciser « les diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable du litige » sauf à justifier « d'un motif légitime tenant à l'urgence ou à la matière considérée, en particulier lorsqu'elle intéresse l'ordre public ». L'article 19 du décret étend, dans les mêmes termes, ce dispositif à l'article 58 du code relatif à la requête et à la déclaration au greffe, modes secondaires d'introduction de l'instance²³. Ainsi, cette exigence est généralisée à l'exception de l'introduction de l'instance par présentation volontaire des parties devant le juge ou par requête conjointe. Il faut cependant reconnaître que ces deux modes de saisine du juge sont peu utilisés et qu'ils supposent surtout que les parties se soient déjà rapprochées. Ils requièrent, en effet, qu'elles soient d'accord pour soumettre leur différend au juge et, pour la requête conjointe, qu'elles aient déterminé ensemble les points litigieux qu'elles entendent lui soumettre.

Le texte est relativement compréhensif en ce qu'il ne précise pas la nature des diligences entreprises qui peuvent donc être très peu formalistes²⁴. Mais c'est surtout par la sanction posée à la méconnaissance de cette obligation que la réforme révèle, *a priori*, sa souplesse, puisque l'article 127 du code de procédure civile précise que « [s]'il n'est pas justifié, lors de l'introduction de l'instance et conformément aux dispositions des articles 56 et 58, des diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable de leur litige, le juge peut proposer aux parties une mesure de conciliation ou de médiation ». Le juge ne peut donc contraindre les parties à tenter une conciliation ou une médiation puisqu'il ne s'agit que d'une proposition. En outre, ce pouvoir lui appartenait déjà aux termes de l'article 128 du code²⁵. Néanmoins, les articles 23 à 26²⁶ du décret suppriment la possibilité pour les parties de s'opposer devant le tribunal d'instance, le tribunal de commerce et le tribunal paritaire des baux ruraux à la désignation d'un conciliateur de justice. Il semble donc que cette conciliation puisse être, au moins devant ces juridictions, imposée par le juge²⁷.

Il ne fait pas de doute que, pour reprendre les mots du professeur Strickler, ce texte « s'inscrit dans la logique selon laquelle le juge ne doit pas être le *seul* recours en cas de différend, mais *l'ultime* recours²⁸ ». S'il possède avant tout une vertu incitative en obligeant les parties à s'interroger sur la possibilité de la mise en œuvre d'un règlement amiable²⁹, il semblait déjà, lors de son entrée en vigueur, faire figure d'étape. Certains auteurs se demandaient en effet si le législateur n'allait pas,

23 Il précise, en outre, que cette obligation ne concerne que l'acte qui saisit la juridiction de première instance, ce qui n'est pas négligeable puisque, par exemple, la déclaration au greffe est un des modes de saisine de la cour d'appel dans la procédure ordinaire avec représentation obligatoire (art. 900 CPC).

24 Voir en ce sens, Y. STRICKLER, « Le décret n° 2015282 du 11 mars 2015 relatif à la simplification de la procédure civile à la communication électronique et à la résolution amiable des différends », *op. cit.*, spec. n° 11 qui met cependant l'accent sur les questions de preuve de la démarche entreprise en ce cas.

25 Qui était l'article 127 avant la réforme opérée par le décret du 11 mars 2015. Voir faisant ce constat, Y. STRICKLER, « Le décret n° 2015282 du 11 mars 2015 relatif à la simplification de la procédure civile à la communication électronique et à la résolution amiable des différends », *op. cit.*, spec. n° 13.

26 En modifiant respectivement les articles 830, 831, 832, 8602 et 887 du code.

27 Voir en ce sens, C. BLÉRY, J.P. TEBOUL, « Une nouvelle ère pour la procédure civile (suite, mais sans doute pas fin) », *op. cit.*, spec. n° 12.

28 Y. STRICKLER, « Le décret n° 2015282 du 11 mars 2015 relatif à la simplification de la procédure civile à la communication électronique et à la résolution amiable des différends », *op. cit.*, spec. n° 10.

29 Voir en ce sens, J. HÉRON, Th. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, spec. n° 462.

« avec l'imposition d'une recherche préalable de résolution non juridictionnelle du différend, vers une sorte de condition nécessaire à la présentation de la demande³⁰ ».

N'échappant pas au mouvement législatif de promotion des règlements amiables, le grand texte du dernier quinquennat consacré à la justice, la loi n° 20161547 du 18 novembre 2016 *de modernisation de la justice du XXI^e siècle*, allait apporter des éléments de réponse. Parmi les nombreuses dispositions en ce sens³¹, l'article 4 de la loi³² impose dorénavant que la saisine du tribunal d'instance par déclaration au greffe soit précédée d'une tentative de conciliation menée par un conciliateur de justice, à peine d'irrecevabilité de la demande que le juge peut soulever d'office. Ce principe admet cependant trois exceptions, dont une seule mérite réellement ce qualificatif. Ainsi, le recours à la tentative de conciliation avant de saisir le juge n'est pas nécessaire « [s]i l'une des parties au moins sollicite l'homologation d'un accord » ou encore « [s]i les parties justifient d'autres diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable de leur litige ». Dans ces deux hypothèses, une tentative de règlement amiable aura donc déjà abouti ou échoué et l'on comprendrait mal que les plaideurs soient astreints à réitérer celle-ci devant un conciliateur avant de pouvoir présenter leur litige au juge. En revanche, si les parties n'ont pas mis en œuvre un tel mécanisme, seul « un motif légitime » est de nature à justifier l'absence de recours à la conciliation et par conséquent à permettre de saisir le juge d'instance par cette voie hors de toute tentative de règlement amiable. À défaut d'un tel motif, le juge pourra prononcer d'office l'irrecevabilité de la demande et mettre fin à l'instance³³. La plus grande sévérité par rapport au décret de 2015 réside également dans la nature de la tentative de règlement amiable dont il faut justifier : une conciliation devant un conciliateur de justice. Il n'est plus ici question d'un processus informel, éventuellement très léger³⁴. Ainsi, pour les litiges inférieurs à 4 000 euros³⁵, si les parties décident d'introduire l'instance par déclaration au greffe, ce qui est un choix naturel pour échapper aux coûts de l'assignation, elles devront, sauf motif légitime dont on ne connaît pas encore les contours mais qui devrait varier en fonction de la sensibilité du juge choisi aux modes amiables de règlement des conflits, tenter de s'accorder amiablement devant un conciliateur de justice. Ce n'est qu'à cette condition qu'elles pourront, en cas d'échec, accéder au juge qui tranchera en droit leur litige. Ce mécanisme d'irrecevabilité est donc assez contraignant pour les justiciables. Son élargissement est pourtant actuellement en discussion.

30 C. BLÉRY, J.P. TEBoul, « Une nouvelle ère pour la procédure civile (suite, mais sans doute pas fin) », *op. cit.*, spec. n° 14.

31 Pour un commentaire de ces dispositions, voir Th. CLAY, « L'arbitrage, les modes alternatifs de règlement des différends et la transaction dans la loi "Justice du XXI^e siècle" », *JCP éd. G.* n° 48, 28 novembre 2016, 1295 ; Y. STRICKLER, « Les modes alternatifs de règlement des différends dans la loi n° 20161547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle », *Procédures* n° 2, février 2017, étude 7.

Parmi les réformes réalisées, on peut citer la mesure phare de cette loi, du moins pour le grand public, la création d'un divorce extrajudiciaire. Il a pu être considéré par la doctrine « comme une forme extrême de règlement alternatif des conflits » (L. CADIET, Th. CLAY, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, *op. cit.*, spec. p. 9).

32 Ce texte n'est malheureusement pas codifié.

33 On reconnaît là le mécanisme déjà mis en place pour sanctionner le non-respect des clauses de conciliation préalable obligatoire. Voir l'arrêt fondateur : Cass. Mixte, 14 février 2003, n° 0019423 et 0019424, *Bull.* n° 1 : « licite, la clause d'un contrat instituant une procédure de conciliation obligatoire et préalable à la saisine du juge, dont la mise en œuvre suspend jusqu'à son issue le cours de la prescription, constitue une fin de non-recevoir qui s'impose au juge si les parties l'invoquent ». Cependant, la clause a ici été conclue librement par les parties, elles ont donc fait le choix de recourir aux modes alternatifs de règlement des conflits. Ce n'est évidemment pas le cas lorsque s'applique l'irrecevabilité mise en place par la loi de 2016 en matière de saisine du juge d'instance.

34 En revanche, une interprétation jurisprudentielle souple du critère de la justification « d'autres diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable » pourrait permettre, dans le cadre d'une des exceptions au principe, le recours à un mécanisme plus léger que la conciliation devant un conciliateur de justice.

35 C'est en effet à cette condition que le tribunal d'instance peut être saisi par ce mode d'introduction de l'instance (art. 843 CPC).

Le projet de loi *de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice*, déposé au Sénat le 20 avril 2018, se propose de renforcer largement le dispositif existant en droit commun. Si le texte était adopté, son article 2-II modifierait l'article 4 de la loi n° 20161547 du 18 novembre 2016 *de modernisation de la justice du XXI^e siècle* en son premier alinéa³⁶ en le remplaçant par le texte suivant : « Lorsque la demande tend au paiement d'une somme n'excédant pas un certain montant ou est relative à un conflit de voisinage, la saisine du tribunal de grande instance³⁷ doit, à peine d'irrecevabilité que le juge peut prononcer d'office, être précédée, au choix des parties, d'une tentative de conciliation menée par un conciliateur de justice, d'une tentative de médiation ou de procédure participative, sauf : 1° Si l'une des parties au moins sollicite l'homologation d'un accord ; 2° Lorsque l'exercice d'un recours préalable est imposé auprès de l'auteur de la décision ; 3° Si l'absence de recours à l'un des modes de résolution amiable mentionnés au premier alinéa est justifiée par un motif légitime ; 4° Si le juge doit, en vertu d'une disposition particulière, procéder à une tentative préalable de conciliation »³⁸. La transformation serait de taille et son introduction dans le projet de loi a de quoi surprendre alors que les travaux menés dans le cadre des « Chantiers de la Justice » invitaient au rejet d'une telle réforme³⁹.

Le projet, qui est encore en discussion à l'heure où nous écrivons ces lignes, prévoit certes des exceptions. Les limites de l'obligation imposée aux parties ne sont d'ailleurs pas encore exactement définies, notamment le montant en deçà duquel celle-ci s'appliquera. Le garde des Sceaux se prononce en faveur de la somme de 5 000 euros⁴⁰. Force est cependant de constater que le recours à une tentative de règlement amiable tend à devenir un préalable obligatoire à la saisine du juge civil. Or, il s'agit là d'un obstacle certain au traitement des litiges par application du droit.

36 Qui contient les dispositions relatives à l'irrecevabilité de la demande formée par déclaration au greffe devant tribunal d'instance en cas d'absence de recours à une conciliation devant un conciliateur de justice.

37 Le projet de loi de programmation tend au regroupement des tribunaux de grande instance et des tribunaux d'instance en une juridiction unique, le tribunal de grande instance. Cela explique que le projet de texte fasse désormais référence à cette juridiction.

38 Le texte précise également qu'un décret en Conseil d'État définira « les matières entrant dans le champ des conflits de voisinage ainsi que le montant en-deçà duquel les litiges » seront soumis à telle obligation. Le projet de loi exclut également du champ de la négociation préalable les litiges relatifs au crédit à la consommation et au crédit immobilier, plus précisément les « litiges relatifs à l'application des dispositions mentionnées à l'article L.31426 du code de la consommation ».

39 Les auteurs du rapport « Amélioration et simplification de la procédure civile » (sous la dir. F. AGOSTINI et N. MOLFESSIS, *op. cit.*, spec. p. 25) notaient : « Un tel contexte rend séduisante l'instauration de l'obligation préalable de recourir à un mode amiable de règlement des litiges avant toute saisine du juge civil. En outre, un tel dispositif s'inscrirait dans la suite logique des réformes législatives et réglementaires intervenues en 2015, 2016 et 2017 qui, aujourd'hui, imposent une tentative de conciliation préalable dans les litiges de moins de 4000 euros et exigent des autres demandeurs qu'ils indiquent, dans leurs actes de saisine du juge, les diligences amiables qu'ils ont effectuées préalablement. Toutefois, le Groupe est sensible à certaines réserves exprimées. Il est nécessaire d'éviter que le caractère préalable obligatoire du recours à un mode amiable ne se transforme en une simple formalité, dont les parties justifieraient par une attestation. Le Groupe prend en outre en considération l'absence d'évaluation des dispositifs en vigueur, et l'incertitude quant à la capacité des médiateurs, conciliateurs et avocats à prendre en charge un volume considérable d'affaires, bien qu'il pourrait être envisagé de confier aux greffiers d'accomplir, sur délégation, des missions de conciliation judiciaire dévolues au juge mais très peu exercées aujourd'hui. Enfin, le Groupe de travail est convaincu, à la suite des auditions effectuées, que le juge doit conserver un rôle actif pour consolider l'émergence du recours aux modes alternatifs. Il considère en conséquence que la généralisation d'une obligation préalable de recourir à un mode amiable à peine d'irrecevabilité de la demande est prématurée ».

Pour un commentaire du rapport, voir J. THÉRON, « Améliorer et simplifier la procédure civile – Comment regagner la confiance des justiciables ? », *JCP éd. G.* n° 910, 26 février 2018, 237.

40 Voir, en dernier lieu, l'entretien publié au *Dalloz Actualité* du 15 novembre 2018.

B. Des restrictions de nature à faire obstacle au traitement des litiges par application du droit

Comme le procès civil, les modes alternatifs de règlement des conflits ont pour visée de mettre fin aux litiges. Néanmoins, à l'exception notable de l'arbitrage⁴¹, ils ne font pas de l'application du droit le moyen de cet apaisement. Ainsi, le développement judiciaire comme extrajudiciaire du phénomène tend à faire, au moins en théorie, de l'application du droit un mode secondaire de la résolution des contestations juridiques. En pratique, il est certainement de nature à multiplier les litiges qui ne seront pas tranchés par application du droit.

Certes, certaines tentatives de règlement amiable sont mises en œuvre librement par des personnes qui, en l'absence de recours à un mode alternatif de règlement des conflits, n'auraient pas forcément saisi la justice, et ce pour diverses raisons, notamment financières. En ce cas, le droit serait resté également inappliqué et le développement des modes alternatifs de règlement des conflits est, de ce point de vue, neutre. Toutefois, les dernières réformes en la matière tendent à proposer, voire imposer, hors de toute volonté des parties en ce sens, la mise en œuvre d'une tentative de règlement amiable qui conditionne l'obtention d'une décision judiciaire sur le fond du litige. Contraints ou encouragés par le juge, certains plaideurs vont alors, conformément à l'objet de ces mesures, s'accorder pour mettre fin au litige. Cette part des litiges échappera donc à l'application du droit. En effet, en l'absence de proposition du juge voire d'obligation de recourir à une tentative de règlement amiable, les parties auraient mené la procédure judiciaire à son terme et obtenu une décision du juge en application du droit. Il est certes possible que la procédure ne débouche pas sur une décision sur le fond. Ainsi, une scorie procédurale ou la lassitude des parties peuvent empêcher que le procès arrive à son terme naturel. Mais il s'agit alors d'un « accident » et si ces hypothèses ne sont pas négligeables, elles restent minoritaires⁴².

Évidemment, même imposés à des parties ayant d'ores et déjà saisi le juge, les avantages de ces modes alternatifs peuvent justifier que leur développement soit jugé positivement. L'application du droit, nous l'avons évoqué, n'est pas toujours la panacée en vue de l'apaisement du conflit opposant les sujets de droit. L'impact de ces réformes ne peut cependant être négligé. En effet, le recours au juge est en principe une voie assurant au plaideur que son litige sera « immédiatement » tranché en application du droit. Or, force est de constater qu'une des parties a souvent à gagner à retarder la solution du litige, notamment lorsque les adversaires ne disposent pas de la même puissance financière. L'exigence d'une tentative de règlement amiable peut ainsi devenir une arme destinée à provoquer la lassitude du justiciable en situation de faiblesse amené à abandonner certains de ses

41 En effet, dans l'arbitrage interne, aux termes de l'article 1478 al. 1^{er} CPC, « Le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit, à moins que les parties lui aient confié la mission de statuer en amiable composition ». Dans l'arbitrage international, l'article 1511 al. 1^{er} CPC dispose que « Le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies ou, à défaut, conformément à celles qu'il estime appropriées » et l'article 1512 lui ouvre la voie de l'amiable composition « si les parties lui ont confié cette mission ».

42 Ainsi, à titre d'illustration, en 2017 les tribunaux de grande instance ont rendu 804 856 décisions. 619 525 étaient des décisions au fond, soit presque 77 % des décisions rendues. Ces chiffres sont disponibles sur le site du ministère de la justice : <http://www.justice.gouv.fr/statistiques.html#statistique-judiciaire>

droits pour arriver plus rapidement à un accord qui ne lui en octroiera qu'une part. Le risque de renonciation « contrainte » à l'application du droit n'est donc pas à négliger.

Enfin, la sanction d'irrecevabilité de la demande, qui tend à devenir le principe en cas d'absence de tentative de règlement amiable, risque tout simplement d'interdire définitivement aux parties l'accès au juge. En effet, si la demande en justice interrompt le délai de prescription ainsi que le délai de forclusion et cela même si elle est portée devant une juridiction incompétente ou que l'acte de saisine est annulé par l'effet d'un vice de procédure⁴³, cette interruption est non avenue si la demande est définitivement rejetée⁴⁴. Or, la Cour de cassation juge que l'article 2243 du code civil « ne distinguant pas selon que la demande est définitivement rejetée par un moyen de fond ou par une fin de non-recevoir, l'effet interruptif de prescription de la demande en justice est non venu si celle-ci est déclarée irrecevable et que [l'article 2241 alinéa 2] ne s'applique qu'aux deux hypothèses, qu'il énumère, de saisine d'une juridiction incompétente ou d'annulation de l'acte de saisine par l'effet d'un vice de procédure⁴⁵ ». En l'absence d'interruption du délai de prescription, les parties qui n'auraient pas tenté de s'accorder amiablement avant de saisir le juge peuvent donc perdre leur droit d'accès à celui-ci. Ce risque est évidemment inversement proportionnel à la longueur du délai de prescription ainsi qu'à la promptitude avec laquelle le juge avait été saisi initialement⁴⁶. Il n'est cependant pas négligeable. En ce cas, le litige ne pourra plus être tranché par application du droit.

La multiplication des hypothèses où l'accès au juge est conditionné par le recours à une tentative de règlement amiable du litige est ainsi un facteur d'inapplication du droit. Cependant, l'accès au juge lui-même n'est plus pour le justiciable une garantie d'application de la règle de droit. En effet, devant celui-ci, les risques d'inapplication suivent une croissance exponentielle.

II. L'inapplication du droit favorisée par la transformation du processus de décision

Trancher le litige en disant le droit⁴⁷, « tel est [...] l'office principal du juge, et, historiquement, sa fonction première⁴⁸ ». Sa traduction dans les textes est assurée par l'article 12 al. 1^{er} du code de procédure civile⁴⁹ qui dispose que « Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables ». L'utilisation de l'indicatif dans un texte de loi valant en principe impératif⁵⁰, il

43 Art. 2241 C. Civ.

44 Art. 2243 C. Civ.

45 Cass. Com., 26 janvier 2016, n° 1417952, *Bull. Civ. IV* n° 17 : *Gaz. Pal.* n° 14, 12 avril 2016, p. 62, note N. FRICERO. L'arrêt a été rendu après avis de la deuxième chambre civile : Cass. Civ. 2^e, 8 octobre 2015, n° 1417952 : *Procédures* n° 12, décembre 2015, comm. 349, note Y. STRICKLER. Confirmé par Cass. Civ. 2^e, 1^{er} juin 2017, n° 1615568, à paraître : *JCP éd. G.* n° 4445, 30 octobre 2017, 1177, note D. MAS ; *Gaz. Pal.* n° 37, 31 octobre 2017, p. 59, note C. BLÉRY.

46 Si la prescription n'est pas déjà acquise à compter du prononcé de l'irrecevabilité, elle pourra être suspendue « à compter du jour où, après la survenance d'un litige, les parties conviennent de recourir à la médiation ou à la conciliation ou, à défaut d'accord écrit, à compter du jour de la première réunion de médiation ou de conciliation » ou de celui « de la conclusion d'une convention de procédure participative » ou « de l'accord du débiteur constaté par l'huissier de justice pour participer à la procédure [simplifiée de recouvrement des petites créances] ».

47 D. D'AMBRA, *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, Thèse Strasbourg 1991, LGDJ, Bibliothèque de droit privé t. 236, 1994.

48 J. NORMAND, *Le juge et le litige*, Thèse Lille 1961, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 65, 1965, spec. n° 1.

49 Précité, *supra* note 7.

50 Voir G. CORNU, *Linguistique juridique*, Montchrestien, Précis Domat droit privé, 3^e éd., 2005, spec. n° 67.

s'agit bien d'un devoir pour le juge. Ainsi, devant le litige et les demandes qui lui sont présentés par les parties, il devrait, en toute logique, appliquer la ou les règles de droit idoines, qu'elles lui soient proposées par les litigants ou qu'il les recherche de son propre chef en relevant d'office un moyen de droit. Or, la Cour de cassation, dans un arrêt d'assemblée plénière du 21 décembre 2007⁵¹, a décidé que cette opération n'était, en principe, qu'une simple faculté pour le juge. Ainsi, face à la demande d'un plaideur mal formulée en droit, le juge peut se contenter de la rejeter sans rechercher l'éventuel fondement juridique de nature à permettre de consacrer le droit subjectif dont le plaideur se prétend titulaire.

Face au rejet de sa demande, le plaideur qui, par ignorance ou négligence, n'a pas invoqué la bonne règle de droit, peut, s'il ne renonce pas, songer à un remède : faire rejurer son affaire soit en réintroduisant une demande au niveau de la première instance, soit en exerçant un appel, voie de recours qui « remet la chose jugée en question devant la juridiction d'appel⁵² » qui statuera à nouveau en fait et en droit. Cependant le principe de concentration des moyens, désormais imposé par la Cour de cassation, comme le retour progressif vers un appel voie de réformation, tendent à priver le justiciable de cette seconde chance.

La conception renouvelée de l'office du juge quant au droit (A) voit donc ses effets renforcés par ces deux réformes annexes⁵³ qui tendent à rendre unique le processus de décision en droit auquel le plaideur peut prétendre (B).

A. L'office du juge quant au droit en retrait dans le processus de décision

La question de l'office du juge quant au droit est le « serpent de mer » de la procédure civile. Si son obligation de statuer conformément aux règles de droit applicables telle qu'imposée par l'alinéa 1^{er} de l'article 12 n'est pas contestée, c'est loin d'être le cas de ses modalités de mise en œuvre. Lors de l'entrée en vigueur du code de procédure civile, cet article contenant l'essentiel des principes, mais aussi des difficultés, relatifs à l'application du droit dans le procès civil, se développait sous la forme de cinq alinéas. Le premier énonçait le principe, tandis que les deux alinéas suivants précisaient les « opérations intellectuelles englobées par cette prescription⁵⁴ ». Ainsi, l'alinéa 2 disposait que le juge « doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée » et l'alinéa 3 qu'« [i]l peut relever d'office les moyens de pur droit quel que soit le fondement juridique invoqué par les parties »⁵⁵. Ce troisième alinéa,

51 N° 06-11343, *Bull.* n° 10. Parmi les nombreux commentaires : G. BOLARD, « L'office du juge et le rôle des parties : entre arbitraire et laxisme », *JCP éd. G.* n° 26, 25 juin 2008, I 156 ; O. DESHAYES, « L'office du juge à la recherche de sens à propos de l'arrêt d'assemblée plénière du 21 décembre 2007 », *D.* 2008, p. 1102 ; L. WEILLER, « L'article 12 NCPC ne fait pas obligation au juge, sauf règles particulières, de changer la dénomination ou le fondement juridique des demandes des parties », *JCP éd. G.* n° 2, janvier 2008, II 10006.

52 Art. 561 al. 1^{er} CPC.

53 Les effets combinés de ces trois réformes ont été mis en exergue par le recteur Guinchard dans son célèbre article aux mélanges Wiederkehr : « L'autorité de la chose qui n'a pas été jugée à l'épreuve des nouveaux principes directeurs du procès civil et de la simple faculté pour le juge de "changer le fondement juridique des demandes" in *De code en code. Mélanges en l'honneur du doyen Georges Wiederkehr*, Dalloz 2009, p. 379.

54 Selon les termes de MOTULSKY : « Prolégomènes pour un futur Code de procédure civile : la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971 », *D.* 1972, chron. XVII, p. 91, spec. n° 44.

55 Les deux alinéas suivants se plaçaient en quelque sorte en opposition aux trois premiers puisque des pouvoirs du juge quant au droit, on se déplaçait vers les prérogatives des parties. Celles-ci peuvent ainsi « lier le juge par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat » ou lui donner pouvoir de statuer comme amiable compositeur. Ces textes sont cependant restés lettre morte en pratique.

très ambigu quant à la nature (comment comprendre l'emploi du verbe pouvoir?) et à l'étendue du pouvoir du juge (qu'est-ce qu'un moyen de pur droit devant le juge du fond?), fut annulé par une décision du Conseil d'État du 12 octobre 1979⁵⁶, car le code permettait alors au juge de ne pas respecter le principe du contradictoire quand il procédait à cette opération. Cependant les motifs de l'annulation amenèrent une grande partie de la doctrine à « rétablir, comme une évidence et un acquis coutumier, la disposition de l'alinéa 3 originaire⁵⁷ ». Mais alors, comment dans ces conditions articuler ces deux alinéas qui semblent soumettre à deux régimes différents la requalification et le relevé d'office d'un moyen de droit? Requalifier, est en effet la première étape vers l'application d'une autre règle de droit et donc vers le relevé d'office d'un moyen de droit⁵⁸.

Ces éléments expliquent que la jurisprudence n'ait, pendant de longues années, jamais réussi à arrêter un principe clair. Seule était réellement fixée la position de la Cour de cassation selon laquelle, lorsque les parties n'invoquaient aucune règle de droit à l'appui de leur demande, le juge devait « faire le tour de la question »⁵⁹. Pour le reste, c'est-à-dire quand les plaideurs invoquaient une règle de droit au soutien de leurs demandes⁶⁰, la jurisprudence était extrêmement divisée. Oscillant entre obligation, faculté, voire interdiction de changer le fondement juridique de la demande lorsqu'il s'avérait mal choisi⁶¹, elle laissait pour le moins circonspect.

Dans ces conditions, la réunion d'une assemblée plénière ne pouvait surprendre. Par son arrêt du 21 décembre 2007, la Cour de cassation précise que « si, parmi les principes directeurs du procès, l'article 12 du nouveau code de procédure civile oblige le juge à donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux invoqués par les parties au soutien de leurs prétentions, il ne lui fait pas obligation, sauf règles particulières, de changer la dénomination ou le fondement juridique de leurs demandes ». La Cour de cassation revient donc à la lettre de l'article 12 originaire en retenant une opposition entre qualification/requalification et relevé d'office d'un moyen de droit. Le principe est donc désormais que, saisi d'une demande fondée sur une règle particulière, le juge du fond doit vérifier si ce fondement juridique est adéquat. Si c'est le cas, il accordera ce qui a été demandé. En revanche, s'il est erroné, il devra donner leur exacte qualification aux faits et actes litigieux mais ne sera pas contraint d'appliquer la ou les règles dont découlent ces qualifications. Ce système est certes singulier mais il semble être la seule façon raisonnable de concilier les deux affirmations de l'arrêt de 2007.

56 Conseil d'État, Ass., 12 octobre 1979, req. n° 01875, 01905, 01948 à 01951, *Rassemblement des nouveaux avocats de France et autres, Recueil Lebon* 1979, p. 370 ; *JCP éd. G.*, 1980, II 19288, conclusions M. FRANC et note J. BORÉ ; *D.* 1979, jur. p. 606, note A. BÉNABENT ; *Gaz. Pal.* 1980, jur. p. 6, note P. JULIEN ; *RTD Civ.* 1980, p. 145, note J. NORMAND.

57 Selon les termes du doyen Cornu (« Les principes directeurs du procès civil par eux-mêmes (fragments d'un état des questions) », *op. cit.*, spec. p. 89).

58 Voir en ce sens, H. MOTULSKY, « Prolégomènes pour un futur Code de procédure civile... », *op. cit.*, spec. n° 46.

59 Voir par exemple, Cass. Civ. 2^e, 8 décembre 2005, n° 04-10981 ; Cass. Soc., 20 février 1996, n° 92-45024, *Bull. Civ.* V n° 60 ; Cass. Com., 26 octobre 1993, n° 9119086, *Bull. Civ.* IV, n° 365. Néanmoins la haute juridiction juge que le magistrat ne relève pas alors un moyen de droit (voir en ce sens, Cass. Civ. 3^e, 28 mai 1986, n° 8511402, *Bull. Civ.* III n° 82 ; *Gaz. Pal.* 1987, somm. p. 55, note H. CROZE, C. MOREL ; Cass. Civ. 2^e, 23 octobre 1991, n° 9014583, *Bull. Civ.* II n° 280). Cela explique le régime particulier applicable.

60 Ce qui était l'hypothèse la plus fréquente et tendait à devenir la règle suite à la réforme introduite par le décret n° 981231 du 28 décembre 1998 *modifiant le code de l'organisation judiciaire et le nouveau code de procédure civile* ayant imposé la motivation en droit de l'assignation et les conclusions qualificatives devant le tribunal de grande instance et la cour d'appel.

61 Pour une vue d'ensemble de celle-ci à la veille de l'arrêt du 21 décembre 2007, voir respectivement le rapport du conseiller rapporteur D. Loriferne et l'avis de l'avocat général R. de Gouttes rendus en vue de cet arrêt et publiés au *BICC* n° 680, 15 avril 2008, p. 20 et p. 30.

La seule réserve est celle de l'existence de « règles particulières », critère flou, dont on perçoit mal au premier abord ce qu'il recouvre. Après une dizaine d'années d'application, la lumière est en partie venue d'un arrêt de chambre mixte du 7 juillet 2017⁶² dans lequel la haute juridiction précise que « si le juge n'a pas, sauf règles particulières, l'obligation de changer le fondement juridique des demandes, il est tenu, lorsque les faits dont il est saisi le justifient, de faire application des règles d'ordre public issues du droit de l'Union européenne, telle la responsabilité du fait des produits défectueux, même si le demandeur ne les a pas invoquées ». Ainsi, ces règles revêtent la qualité de « règles particulières » au sens de la jurisprudence de la Cour de cassation⁶³. En outre, bien qu'à notre connaissance la haute juridiction ne l'ait pas directement affirmé, il nous semble que la règle de conflit de lois qui doit être relevée d'office par le juge en matière de droits indisponibles⁶⁴, entre dans cette catégorie des « règles particulières ».

En dehors de ces hypothèses (ou lorsque le plaideur n'aura pas fondé sa demande en droit, car sur ce point la Cour de cassation n'a pas fait évoluer sa position⁶⁵), le juge pourra donc trancher le litige en rejetant la demande sans appliquer la règle de droit appelée par les faits et cela même s'il l'a identifiée lors d'une éventuelle requalification de ces derniers. Or, de plus en plus, cette situation d'inapplication du droit tendra à devenir définitive. En effet, le plaideur ne pourra présenter à nouveau sa demande à un autre juge afin que celui-ci réitère le raisonnement ayant mené à la décision.

B. Vers un unique processus de décision

Le justiciable débouté de sa demande et donc de la reconnaissance de son droit à défaut d'application de la règle par le juge a, nous l'avons évoqué, théoriquement deux manières d'essayer d'obtenir malgré tout satisfaction : soit revenir devant le juge de première instance, soit interjeter appel. L'une de ces voies a cependant été fermée par la Cour de cassation (1), tandis que le pouvoir réglementaire grignote petit à petit la seconde (2).

62 N° 1525651 : voir parmi de nombreux commentaires, *Procédures* n° 10, octobre 2017, comm. 227, note Y. STRICKLER ; *JCP éd. G.* n° 37, 11 septembre 2017, 926, note Ch. QUÉZELAMBRUNAZ ; *RTD Civ.* 2017, p. 829, note L. USUNIER, p. 872, note P. JOURDAIN, p. 882, note P.Y. GAUTIER ; *D.* 2017, p. 1800, note M. BACACHE.

63 La position de la Cour de justice de l'Union européenne n'est cependant pas sans influence sur cette inflexion. Voir, notamment, les arrêts, CJCE, 14 décembre 1995, *van Schijndel et van Veen*, C-430/93 et C-431/93, Rec. p. I4705 dans lesquels la Cour de justice retient que, dans les limites du litige tel qu'il a été circonscrit par les parties, le juge doit appliquer d'office les règles contraignantes du droit de l'Union européenne. Le rapport du conseiller rapporteur Ladant ainsi que l'avis de l'avocat général Grignon Dumoulin révèlent l'influence de cette jurisprudence : *BICC* n° 874, 15 janvier 2018, p. 11, spec. p. 3033 et p. 39, spec. p. 5254.

64 Voir, en ce sens, les deux arrêts à l'origine de cette jurisprudence, Cass. Civ. 1^{re}, 26 mai 1999, n° 9716684, *Bull. Civ. I* n° 274 et n° 9616361, *Bull. Civ. I* n° 172 : *Revue crit. DIP* 1999, p. 707, note H. MUIR-WATT ; *JCP éd. G.* n° 44, 3 novembre 1999, II 10192, note Fr. MÉLIN.

65 Voir parmi d'assez nombreux arrêts, Cass. Civ. 2^e, 10 décembre 2009, n° 08-21158 ; Cass. Soc., 28 septembre 2010, n° 09-41276 et 09-41512 ; Cass. Civ. 3^e, 13 décembre 2011, n° 1018037 ; Cass. Civ. 1^{re}, 26 juin 2013, n° 1214463 : *RTD Civ.* 2013, p. 584, note J. HAUSER.

1. *Le principe de concentration des moyens, obstacle à l'accès à un second juge de première instance*

Par son arrêt *Cesareo*⁶⁶ du 7 juillet 2006, la Cour de cassation impose au plaideur qui invoque une règle de droit à l'appui de sa demande, ce qui est une obligation au moins devant le tribunal de grande instance et la cour d'appel depuis le décret du 28 décembre 1998, de présenter dès l'instance relative à la première demande⁶⁷, l'ensemble des moyens susceptibles de fonder sa demande. À défaut, s'il réintroduit une instance pour faire juger une demande identique sur un fondement juridique oublié, il se verra opposer l'autorité de la chose jugée de la première décision. Rapidement adopté par toutes les chambres de la haute juridiction⁶⁸ et « bilatéralisé » en étant déclaré applicable à l'ensemble des parties au procès, demandeur comme défendeur⁶⁹, le principe de concentration des moyens est aujourd'hui installé en procédure civile. Il s'applique d'ailleurs hors du procès civil proprement dit puisqu'il a déjà été opposé à un plaideur qui avait vu sa demande sur l'action civile rejetée par une juridiction pénale⁷⁰ ou encore dans une procédure d'arbitrage interne⁷¹.

Néanmoins, dans cette dernière affaire, la première chambre civile de la Cour de cassation ne faisait pas simplement application du principe de concentration des moyens mais énonçait à l'appui de sa décision « qu'il incombe au demandeur de présenter dans la même instance toutes les demandes fondées sur la même cause ». Elle imposait ainsi un véritable principe de concentration des demandes. Cette position fut heureusement vite abandonnée par un arrêt de la deuxième chambre civile du 26 mai 2011⁷² dans lequel la haute juridiction énonce que « s'il incombe au demandeur de présenter dès l'instance relative à la première demande l'ensemble des moyens qu'il estime de nature à fonder celle-ci, il n'est pas tenu de présenter dans la même instance toutes les demandes fondées sur les mêmes faits ». Si la première chambre civile a rejoint en 2016⁷³ la position de son homologue, confirmant ainsi l'abandon du principe, certaines décisions, notamment en matière de cautionnement, laissent cependant apparaître une très large conception du principe de concentration

66 Cass. A.P., 7 juillet 2006, n° 04-10672, *Bull.* n° 8. Cet arrêt a été très largement commenté, voir entre autres : *D.* 2006, p. 2135, note L. WEILLER ; *Droit et procédures* n° 6, novembre-décembre 2006, p. 348, note N. FRICERO ; *RTD Civ.* 2006, p. 825, note R. PERROT ; *JCP éd. G.* n° 17, 25 avril 2007, II 10070, note G. WIEDERKEHR.

67 L'emploi du terme instance peut être trompeur. Il doit être compris *lato sensu* comme désignant l'ensemble du procès de l'introduction de la première instance à la décision irrévocable rendue par la dernière des juridictions saisies du litige et non une seule des phases de celui-ci. Ainsi des moyens non invoqués en première instance pourront l'être devant un éventuel juge d'appel, ce qu'autorisent les règles applicables à cette voie de recours.

68 Cass. Civ. 1^{re}, 16 janvier 2007, n° 05-21571, *Bull. Civ. I* n° 18 ; Cass. Com., 20 février 2007, n° 0518322, *Bull. Civ. IV* n° 49 : *Procédures* n° 6, juin 2007, comm. 128 note, R. PERROT ; *JCP éd. G.* n° 43, 24 octobre 2007, I 200, spec. n° 22, note L. CADIEU ; *Droit et Patrimoine* n° 166, janvier 2008, p. 97, note S. AMRANI MEKKI ; Cass. Civ. 2^e, 18 octobre 2007, n° 06-13068 : *Revue de Droit bancaire et financier* n° 6, novembre 2007, comm. 220, note D. LEGEAIS ; *Procédures* n° 12, décembre 2007, comm. 274, note R. PERROT ; *RTD Civ.* 2008, p. 147, note Ph. THÉRY ; Cass. Civ. 3^e, 13 février 2008, n° 0622093, *Bull. Civ. III* n° 28 : *Procédures* n° 4, avril 2008, comm. 104, note R. PERROT ; *D.* 2008, p. 621, obs. G. FOREST ; *Droit et procédures* n° 4, juillet-août 2008, p. 214, obs. M. DOUCHY OUDOT.

69 Par l'arrêt, Cass. Com., 20 février 2007, n° 0518322, précité note précédente.

70 Cass. Civ. 2^e, 25 octobre 2007, n° 06-19524, *Bull. Civ. II* n° 241 : *Procédures* n° 12, décembre 2007, comm. 274, et *RTD Civ.* 2008, p. 159, notes R. PERROT ; *Revue des contrats* n° 4, 1^{er} octobre 2008, p. 1143, note O. DESHAYES.

71 Cass. Civ. 1^{re}, 28 mai 2008, n° 07-13266, *Bull. Civ. I* n° 153 : *JCP éd. G.* n° 39, 24 septembre 2008, II 10157, note G. CHABOT, n° 42, 15 octobre 2008, II 10170, note G. BOLARD ; *D.* 2008, p. 1629, note X. DELPECH et p. 3111, note Th. CLAY ; *RTD Civ.* 2008, p. 551, note R. PERROT ; *Revue de l'arbitrage* 2008, n° 3, p. 461, note L. WEILLER ; *Revue des contrats* n° 4, 1^{er} octobre 2008, p. 1143, *op. cit.*, note O. DESHAYES ; *Petites Affiches* n° 119, 3 octobre 2008, p. 3, note J. MAIRE DU POSET.

72 N° 10-16735, *Bull. Civ. II* n° 117 : *JCP éd. G.* n° 26, 1^{er} juin 2011, 749, note G. DEHARO et n° 29-34, 18 juillet 2011, 861, note Y.M. SERINET ; *RTD Civ.* 2011, p. 593, note R. PERROT ; *D.* 2012, p. 244, note N. FRICERO.

73 Cass. Civ. 1^{re}, 12 mai 2016, n° 15-16743 et n° 15-18595, *Bull. Civ. I* n° 106 : *Procédures* n° 7, juillet 2016, comm. 223, note Y. STRICKLER ; *Gaz. Pal.* n° 29, 30 août 2016, p. 66, note H. HERMAN ; *RTD Civ.* 2016, p. 923, note Ph. THÉRY.

des moyens. Ainsi, en vertu de ce principe, la caution condamnée au paiement en exécution de son engagement lors d'un premier procès ne peut, dans un procès subséquent, demander que soit constatée la nullité dudit engagement et obtenir le paiement de dommages-intérêts en raison de la faute de la banque lors de la souscription des cautionnements, disproportionnés au regard de ses revenus et patrimoine⁷⁴, demander paiement de dommages et intérêts en raison de fautes de la banque dans le non-renouvellement et la réalisation de sûretés⁷⁵, demander paiement de dommages et intérêts en raison du manquement de la banque à son devoir de mise en garde⁷⁶. On pourrait multiplier les exemples.

Au regard d'une volonté d'application du droit, ce mouvement jurisprudentiel est bien évidemment condamnable en empêchant potentiellement le plaideur d'avoir à nouveau accès au juge pour obtenir ce que lui reconnaît pourtant le droit positif. Bien évidemment, le principe de concentration des moyens a certaines vertus qu'on ne peut passer sous silence. Il permet de lutter contre le comportement déloyal qui « consisterait, pour la partie la plus à même de le supporter, à se ménager des arguments pour une instance ultérieure, et à les distiller au fur et à mesure des procès intentés contre son adversaire, en vue de l'épuiser lui plutôt que le contentieux⁷⁷ ». Sans aller jusqu'à de telles extrémités dans la mauvaise foi, l'exigence de concentration des moyens a pour vertu de responsabiliser les parties qui intentent un procès, de les encourager à ne pas faire preuve de négligence ou de légèreté dans la présentation de leur cause devant le juge. Mais, il expose le plaideur négligent à de graves conséquences. Il devra faire le deuil d'un droit dont il était pourtant titulaire. Ce risque est multiplié par la simple faculté pour le juge de relever les moyens de droit puisque, nous l'avons vu plus avant⁷⁸, si le justiciable se trompe de fondement juridique, il ne peut être certain que le juge fera usage de son pouvoir de relever d'office la règle de droit applicable aux faits invoqués au soutien de sa prétention. Reste alors, lors de l'instance initiale, un éventuel recours devant le juge d'appel.

2. *Le retour vers un appel voie de réformation, limite à l'application de règles de droit négligées en première instance*

L'appel, qui vise à faire rejurer l'affaire en fait et en droit par un juge hiérarchiquement supérieur, peut être fondé sur deux conceptions opposées. Dans la première, l'appel est conçu comme un simple contrôle de la décision de première instance. Dans ce cas, le procès doit être identique devant le premier juge et le juge d'appel, ce qui interdit toute évolution et tout élargissement du procès entre les deux instances. C'est ainsi que s'exprime la vision traditionnelle de l'appel, qualifiée d'appel voie de réformation. Dans la seconde conception, l'appel doit également permettre de rendre la meilleure décision possible dans le

74 Cass. Com., 12 novembre 2008, n° 08-10138 : *Gaz. Pal.* n° 22, 22 janvier 2009, p. 43, note R. ROUTIER.

75 Cass. Civ. 1^{re}, 1^{er} juillet 2010, n° 09-10364, *Bull. Civ. I* n° 150 : *JCP éd. G.* n° 43, 25 octobre 2010, 1052, note E. JEULAND ; *Droit et procédures* n° 9, octobre 2010, p. 271, note Ch. LEFORT ; *RLDC* n° 76, novembre 2010, n° 4016, p. 60, note L. RASCHEL ; *RTD Civ.* 2011, p. 586, note Ph. THÉRY ; *Gaz. Pal.* n° 81, 22 mars 2011, p. 11, note S. AMRANI MEKKI.

76 Cass. Com., 22 mars 2016, n° 14-23167 : *Gaz. Pal.* n° 23, 21 juin 2016, p. 31, note Ch. ALBIGES.

77 A. POSEZ, « Le principe de concentration des moyens, ou l'autorité retrouvée de la chose jugée », *RTD Civ.* 2015, p. 283, spec. n° 14.

78 Voir *supra* II A.

but « d'achever », de mettre un terme définitif au litige soumis au juge. Pour cela, ce litige devra pouvoir évoluer en cause d'appel, cette voie de recours étant alors qualifiée de voie d'achèvement du litige.

Cette conception moderne de l'appel⁷⁹ a été adoptée par les auteurs du code de procédure civile. Ainsi, l'article 563 permet aux parties, « pour justifier en appel les prétentions qu'elles avaient soumises au premier juge », d'« invoquer des moyens nouveaux, produire de nouvelles pièces ou proposer de nouvelles preuves ». Si les demandes nouvelles sont irrecevables, celles-ci sont très strictement entendues, car l'article 565 précise que « Les prétentions ne sont pas nouvelles dès lors qu'elles tendent aux mêmes fins que celles soumises au premier juge, même si leur fondement juridique est différent ».

Mais alors que le code 1975 tendait à permettre au litige de s'épanouir en appel, les dernières réformes prennent un chemin tout à fait opposé. La raison principale du changement de paradigme tient au coût en temps et en moyens d'un appel voie d'achèvement. Ainsi, le décret n° 2009-1524 du 9 décembre 2009 *relatif à la procédure d'appel avec représentation obligatoire en matière civile*, complété et modifié par le décret n° 2010-1647 du 28 décembre 2010 *modifiant la procédure d'appel avec représentation obligatoire en matière civile*⁸⁰, a d'une part, largement transformé la procédure de droit commun devant la cour sur le modèle de la procédure suivie de la Cour de cassation. Elle est désormais un chemin semé d'embûches et de chausse-trappes⁸¹. Mais, plus fondamentalement, cette réforme inspirée des propositions du Rapport Magendie II⁸² avait pour objet de faire de l'appel une « voie d'achèvement maîtrisée ». Le choix du vocabulaire n'était pas anodin : en sous-entendant ainsi que l'appel était sous l'empire des dispositions originelles du nouveau code de procédure civile une voie d'achèvement « non maîtrisée », c'est bien à une critique au moins partielle de la conception de l'appel adoptée en 1975 que se livraient le Rapport et le décret qui en est issu. Sur ce point, la réforme fut cependant très partielle. En effet, elle est sans influence sur les textes permettant l'évolution des éléments objectifs litige et, notamment, l'article 563 du code permettant aux parties d'invoquer des moyens nouveaux à l'appui des prétentions déjà présentées en première instance⁸³.

Peu satisfaite des résultats obtenus *via* cette réforme, notamment quant à la réduction des délais de décision⁸⁴, la chancellerie a, dans les derniers jours du dernier quinquennat, imposé une nouvelle rénovation des textes par le décret n° 2017891 du 6 mai 2017 *relatif aux exceptions d'incompétence*

79 Elle a été mise en lumière par un colloque des Instituts d'études judiciaires qui s'est déroulé à Aix-en-Provence en 1963 : *La voie d'appel, Colloque national d'études judiciaires, Journées des 22 et 23 février 1963, Aix-en-Provence*, Institut d'études judiciaires de la Faculté de droit et des sciences économiques, 1964.

80 Sur cette réforme, voir D. D'AMBRA, A.M. BOUCON, « Le décret n° 2009-1524 du 9 décembre 2009 réformant la procédure d'appel et la gestion des flux de contentieux judiciaire », *D.* 2010, p. 1093 ; N. FRICERO, « L'appel nouveau est arrivé ! », *Procédures* n° 5, mai 2010, étude 3 ; Ph. GERBAY, « La réforme de la procédure d'appel avec représentation obligatoire en matière civile », *Gaz. Pal.* n° 12, 12 janvier 2010, p. 12.

81 Voir particulièrement sur cet aspect, D. D'AMBRA, A.M. BOUCON, « Le décret n° 2009-1524 du 9 décembre 2009 réformant la procédure d'appel et la gestion des flux de contentieux judiciaire », *op. cit.*

82 J.-C. MAGENDIE (dir.), *Célérité et qualité de la justice devant la Cour d'appel*, Rapport au garde des Sceaux, ministre de la justice, La documentation française, Collection des rapports officiels, 2008.

83 La seule exception notable est l'article 564 du code. Il permet dorénavant au juge de relever d'office l'irrecevabilité des prétentions nouvelles alors que jusqu'alors il appartenait aux parties de se prévaloir d'une telle irrecevabilité. L'accord des parties ou leur négligence permettaient donc de soumettre à la cour de nouvelles prétentions.

84 Qui ont globalement augmenté.

et à l'appel en matière civile⁸⁵. Ce décret, qui retouche la procédure ordinaire avec représentation obligatoire, fait surtout évoluer les dispositions générales relatives à l'appel dans le sens d'un appel voie de réformation, même si toute possibilité d'évolution du litige est loin d'être écartée. Il modifie tout d'abord l'article 542 du code qui définit l'objet de l'appel. Alors qu'avant ce décret du 6 mai, ce texte disposait que « L'appel tend à faire réformer ou annuler par la cour d'appel un jugement rendu par une juridiction du premier degré », il dispose désormais que « L'appel tend, *par la critique du jugement rendu par une juridiction du premier degré*, à sa réformation ou à son annulation par la cour d'appel ». Il a donc semblé utile de mettre en exergue que c'est bien la critique du jugement rendu qui doit motiver l'appel. L'article 561 du code est également modifié. Il disposait jusqu'en 2017 que « L'appel remet la chose jugée en question devant la juridiction d'appel pour qu'il soit à nouveau statué en fait et en droit ». Dans sa nouvelle rédaction, il précise, en son alinéa 1^{er} que « L'appel remet la chose jugée en question devant la juridiction d'appel », mais surtout, en son alinéa 2, qu'« Il est statué à nouveau en fait et en droit dans les conditions et limites déterminées aux livres premier et deuxième du présent code ». Ces modifications sont surtout symboliques car ces limites étaient déjà respectées en l'absence de cette affirmation expresse. Néanmoins l'esprit du décret et de ses auteurs se révèle clairement à travers ces énoncés quasi incantatoires. En effet, les « conditions et limites » auxquelles fait désormais référence l'article 561 ne sont pas bouleversées, bien qu'elles soient de plus en plus restrictives. Principalement, le décret supprime la possibilité d'un appel général implicite que permettait l'ancien article 562 alinéa 2⁸⁶. Désormais, ne seront déférés à la cour d'appel que les chefs de jugement expressément critiqués par l'appelant et ceux qui en dépendent. La dévolution ne sera générale qu'en cas d'appel tendant à l'annulation de la décision attaquée ou en cas d'indivisibilité de l'objet du litige⁸⁷. Il ne faut cependant pas galvauder cette dernière réforme car le retour vers un appel voie de réformation, ou en tout cas la limitation de la conception de l'appel voie d'achèvement du litige, se poursuit et tout laisse malheureusement à penser qu'il ne s'agit que d'une étape. Si le justiciable peut encore aujourd'hui obtenir de la cour d'appel l'application de règles de droit qui avaient échappé (volontairement ou non) à la vigilance au premier juge, c'est par un « parcours du combattant » dans la procédure ordinaire avec représentation obligatoire et dans des conditions de plus en plus restrictives. Le risque d'inapplication du droit est consciemment couru par le législateur et la chancellerie, auxquels la Cour de cassation prête main-forte.

85 Pour les commentaires, voir H. CROZE, « Dernier appel de la République hollandaise : le décret n° 2017891 du 6 mai 2017 relatif aux exceptions d'incompétence et à l'appel en matière civile », *Procédures* n° 7, juillet 2017, étude 23 ; N. FRICERO, « L'appel nouveau est arrivé ! », *Dalloz actualité*, 12 mai 2017 ; S. AMRANI MEKKI, « L'appel en matière civile : en marche vers un nouvel équilibre procédural ? À propos du décret n° 2017891 du 6 mai 2017 relatif aux exceptions d'incompétence et à l'appel en matière civile », *JCP éd. G.* n° 23, 5 juin 2017, 659.

86 Celui-ci disposait que : « L'appel ne défère à la cour que la connaissance des chefs de jugement qu'il critique expressément ou implicitement et de ceux qui en dépendent.

La dévolution s'opère pour le tout lorsque l'appel n'est pas limité à certains chefs, lorsqu'il tend à l'annulation du jugement ou si l'objet du litige est indivisible ».

87 Art. 562 CPC dans sa rédaction issue du décret n° 2017891 du 6 mai 2017 : « L'appel défère à la cour la connaissance des chefs de jugement qu'il critique expressément et de ceux qui en dépendent.

La dévolution ne s'opère pour le tout que lorsque l'appel tend à l'annulation du jugement ou si l'objet du litige est indivisible ».

On peut ajouter que l'article 566 dispose désormais que « Les parties ne peuvent ajouter aux prétentions soumises au premier juge que les demandes qui en sont l'accessoire, la conséquence ou le complément nécessaire » alors que dans sa version antérieure le texte permettait aux parties d'explicitier les prétentions qui étaient virtuellement comprises dans les demandes et défenses soumises au premier juge. Il n'est cependant pas évident que cette suppression ait un grand impact : ces demandes ne peuvent-elles pas dans le même temps être qualifiées d'accessoire, conséquence ou complément des demandes précédemment présentées au premier juge ?

L'application du droit n'est pas l'*alpha* et l'*oméga* de la résolution des litiges et cette affirmation se vérifie davantage de jour en jour dans la procédure civile moderne. « Un mauvais arrangement vaut mieux qu'un bon procès⁸⁸ » et l'amiable, s'il est au détriment de la stricte application du droit, est parfois le meilleur gage de relations futures apaisées. Mais cet outil ne doit pas être détourné de sa vocation pour devenir une barrière à l'accès au juge, juge dont l'office est de trancher le litige en disant le droit. Or même devant ce « hussard » du droit, sans cesse sourd cette question : « de l'apaisement du litige ou de l'application du droit, quelle est la valeur à laquelle il convient de donner la préférence ?⁸⁹ ». Dans un contentieux par nature privé, l'application de la loi doit-elle être poursuivie pour elle-même, dans une perspective d'intérêt général, ou n'est-elle qu'un moyen d'imposer une solution pacifique au conflit qui oppose deux personnes privées sur des rapports privés ? La procédure civile de ce début de XXI^e siècle fait de plus en plus pencher la balance vers la deuxième branche de l'alternative que ce soit hors ou devant le juge. La justification semble cependant purement économique. Car alors que rien ne semble endiguer l'inflation législative⁹⁰ et que l'activité des personnes privées est de plus en plus encadrée (en témoigne le développement des règles du droit de la consommation), la procédure civile semble faire passer l'application du droit au second plan. Il convient pourtant de veiller à ce qu'elle n'atteigne pas ainsi le « point de déséquilibre⁹¹ ». À l'heure où la Cour de cassation, juge du droit, veut largement fermer l'accès à son prétoire pour se transformer en une cour suprême « à l'américaine »⁹², il convient de veiller à ce que les espaces de plus en plus larges d'inapplication du droit devant le juge du fond se contractent sous peine de tendre vers le déni de justice.

88 H. DE BALZAC, *Illusions perdues*, Ève et David, 1843.

89 J. NORMAND, *Le juge et le litige*, *op. cit.*, spec. n° 30.

90 Ainsi qu'en témoignent, à une dizaine d'années d'intervalle, le rapport public 2006 du Conseil d'État : *Rapport public 2006 – Sécurité juridique et complexité du droit* (La documentation française, Études et documents, Conseil d'État, 2016) et son étude annuelle 2016 : *Simplification et qualité du droit* (La Documentation française, Études et documents, Conseil d'État, 2016).

91 Comme le craignaient, à propos du procès civil, S. AMRANI MEKKI, E. JEULAND, Y.M. SERINET, « Le procès civil français à son point de déséquilibre ? À propos du décret "procédure" », *JCP G*, n° 24, 14 juin 2006, I 146.

92 Voir en ce sens le projet de texte présenté au mois de mars 2018 et les documents y afférant : https://www.courdecassation.fr/institution_1/reforme_cour_7109/mise_oeuvre_propositions_reforme_8181/reforme_traitement_pourvois_8640/filtrage_pourvois_38844.html. Pour une première critique, voir Th. LE BARS, « Menaces sur la cassation à la française : des propositions de réforme consternantes », *Gaz. Pal.* n° 14, 10 avril 2018, p. 12.

LES RECOURS CONTENTIEUX DÉLAISSÉS : L'EXEMPLE DE L'OMC

Habib GHÉRARI¹

Résumé

Les recours susceptibles d'être soumis au juge de l'Organisation mondiale du commerce sont nombreux et variés. Ce sont les recours qui ne supposent pas de violation du droit de l'OMC qui intéressent la présente étude (recours en situation de non-violation). Comment sont-ils conçus ? et à quoi servent-ils ? Sont-ils vraiment utilisés par les Membres de l'OMC ? et quelles perspectives ouvrent-elles en matière contentieuse ? Telles sont quelques-unes des questions étudiées à la lumière des procédures applicables et de la pratique qui en est faite.

Abstract

The remedies likely to be submitted to the judge of the World Trade Organization (WTO) are numerous and varied. It is the remedies that do not involve a violation of WTO law that are relevant to this study (non-violation complaints). How are they designed ? and what are they for ? Are they really used by WTO Members ? And what perspectives do they open in litigation ? These are some of the questions studied in the light of the applicable procedures and practice.

Le monde la justice internationale est riche et contrasté, tout comme la situation des recours qu'il offre. Et la juridictionnalisation du droit international, avec la multiplication des tribunaux internationaux qu'elle a provoquée², a accentué encore ce trait. Certains recours sont abondamment utilisés, à tel point que les juridictions concernées font face à un trop-plein qu'elles arrivent difficilement à gérer. Quelques exemples suffisent à s'en convaincre :

- les recours individuels devant la Cour EDH sont toujours aussi nombreux, et l'on comptabilisait au début de l'année 2017 un stock de requêtes pendantes qui s'élevait à 79 750, chiffre qui a augmenté jusqu'à 93 200 en juin, avant de descendre à 56 250 à la fin de cette même année³ ;

1 Professeur de droit public, Aix-Marseille Université, Université de Toulon, Université de Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, CERIC, Aix-en-Provence, France.

2 V. parmi une littérature abondante, SFDI, *La juridictionnalisation du droit international*, Paris, Pedone, 2003.

3 CEDH, *Analyse statistique 2017*, Conseil de l'Europe, janvier 2018, p. 4-6.

- près de 4 000 affaires ont été soumises au Tribunal irano-américain des différends⁴;
- Environ 100 000 réclamations ont été déférées aux Tribunaux arbitraux mixtes de l'après Première Guerre mondiale⁵.

Plus souvent, c'est toutefois la non ou sous-utilisation qui prévaut. Ainsi en est-il, pour la CEDH elle-même, des recours interétatiques dont on sait qu'ils sont bien plus rares que les requêtes individuelles.

Il est toujours délicat de déterminer les motifs exacts d'une telle situation, encore qu'il faille bien distinguer entre recours interétatiques (plutôt rares en règle générale) et recours mixtes où l'une des parties est un particulier (plus nombreux). Plusieurs motifs structurels ou conjoncturels, durables ou temporaires, peuvent concourir à créer une telle situation :

i) En tout premier lieu, citons le *caractère facultatif et exceptionnel* de la justice internationale, et ceci même lorsque l'on qualifie celle-ci d'obligatoire⁶. Le consentement des États constitue la pierre angulaire de l'intervention du juge et de l'arbitre international. À quoi il faut ajouter que « Le règlement judiciaire n'est qu'un succédané au règlement direct et amiable des conflits entre les parties »⁷. La plupart des litiges trouvent leur solution par la voie diplomatique, et nombre d'entre eux ne sont tout simplement pas résolus (si bien entendu les États concernés s'en accommodent).

ii) Joue également le caractère momentanément inadapté des recours au regard des conditions exigées pour leur exercice. Ainsi peut-on citer le cas du CIRDI (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements) qui, au 30 juin 2017, a enregistré pas moins de 619 affaires (Convention CIRDI et Règlement du Mécanisme supplémentaire). Ce mécanisme a été créé par la Convention de Washington du 18 mars 1965, entrée en vigueur le 14 octobre 1966. Il faut néanmoins savoir que pendant les six premières années de son fonctionnement, pas une seule affaire ne lui a été soumise. Il a ensuite connu beaucoup d'années oscillant entre aucune affaire soumise et une ou deux affaires seulement. Son véritable envol va avoir lieu quelque 20 ans après sa création puisque c'est à partir du milieu des années 1990 que son activité a commencé à véritablement décoller. En 1997, il est saisi de 14 affaires, en 2002 de 16, en 2003 de 30, etc. Il connaît aujourd'hui une moyenne annuelle de 40 à 50 affaires. Entre-temps, la jurisprudence a fait découvrir de nouvelles possibilités de lui attribuer compétence⁸ en même temps que la mondialisation économique a mis l'accent sur sa valeur ajoutée⁹.

4 P. DAILLIER, S. SZUREK, H. GHÉRARI, D. MULLER, « Tribunal irano-américain des réclamations », *AFDI*, 1999, p. 515-553.

5 Ch. ROUSSEAU, *Droit international public, Les rapports conflictuels*, tome V, Paris, Sirey, 1983, p. 381-383.

6 L. DELBEZ, *Les principes généraux du contentieux international*, Paris, LGDJ, 1962, p. 24.

7 CPJI, ordonnance du 19 août 1929, affaire *Des Zones franches entre la France et la Suisse*.

8 Tout spécialement les affaires *SPP c. Égypte*, introduite en 1984 (une loi nationale peut fonder la compétence du CIRDI) et sentence sur le fond en 1991, et *AAPL c. Sri Lanka*, enregistrée en 1987 et tranchée en 1990 (la compétence du Centre peut reposer sur une convention internationale, en l'espèce bilatérale, relative à l'investissement).

9 E. GAILLARD, *La jurisprudence du CIRDI*, Paris, Pedone, 2004, p. 4 ; A. R. PARRA, « The Convention and Centre for Settlement of Investment Disputes », *RCADI*, 2014, tome 374, p. 331-332 ; CIRDI, *Affaires du CIRDI – Statistiques*, 2017-2, p. 7.

iii) Des obstacles de nature politico-juridique résultant d'une méfiance des États à l'égard de la juridiction elle-même, et ceci pour des raisons multiples et variées (par exemple telle décision qui a pu décevoir durablement), peuvent également avoir leur part pour expliquer que les recours en cause soient délaissés par les justiciables. Ainsi la CIJ a connu une désaffection des États dans les années 1960 avec pour résultat un ralentissement très visible de son activité contentieuse. De juillet 1962 à janvier 1967 et de février 1967 à août 1971 pas une seule affaire ne lui a été confiée. Aujourd'hui, son activité est soutenue et la confiance des États semble être revenue même si, ici et là, des réticences demeurent¹⁰. Autre exemple, celui de la Commission d'arbitrage pour l'ex-Yougoslavie établie le 27 août 1991 par l'Union européenne (UE) pour aider à gérer la dislocation de ce pays et la naissance de nouveaux États. Nantie d'une double compétence consultative et contentieuse, elle n'a été saisie d'aucun litige ; en revanche, elle a rendu pas moins de 15 avis consultatifs¹¹.

iv) On peut également évoquer des difficultés de la juridiction elle-même à se faire une place sur le « marché » de la justice internationale, avec bien évidemment une répercussion directe – et négative bien sûr – sur les recours qu'elle offre. C'est l'exemple de la Cour de conciliation et d'arbitrage de l'OSCE établie par la Convention de Stockholm, signée le 15 décembre 1992 et entrée en vigueur le 5 décembre 1994. Bien que 34 États aient ratifié la convention, cette juridiction n'a jamais été saisie, et ceci depuis son entrée en fonctions en 1994, de la moindre affaire alors même que son mécanisme de conciliation est obligatoire (à l'inverse de son mécanisme arbitral). Dans ces conditions, on peut comprendre que son Président n'ait pas hésité à la qualifier de « belle endormie », même si, malgré tout, on peut trouver la formule somme toute optimiste¹². À l'évidence, cette Cour peine à attirer alors que l'offre contentieuse en Europe est déjà bien fournie, cela sans compter qu'elle se veut un choix subsidiaire par rapport à ceux existants dont on vient de dire qu'ils sont nombreux et variés¹³.

Inutile de multiplier les exemples : le phénomène de délaissement des voies de recours n'est donc pas rare. Comme la situation de chaque type de recours est propre à celui-ci, il est clair qu'au-delà des raisons structurelles évoquées à l'instant, il faut, pour expliquer le succès ou l'insuccès de chaque recours, l'envisager en lui-même et à la lumière des particularités qui lui sont spécifiques.

Quid alors des recours juridictionnels offerts par l'Organisation mondiale du commerce (OMC) ?

I. La multiplicité des recours en droit de l'OMC

Ce qui frappe avec l'OMC, c'est la multiplicité autant que l'originalité des recours prévus par les différents accords commerciaux que cette organisation internationale est chargée d'administrer.

10 Cour internationale de Justice, *Manuel*, 2013, p. 18-19.

11 P. DAILLIER, M. FORTEAU et A. PELLET, *Droit international public*, Paris, LGDJ, 2009, p. 977-978.

12 Ch. TOMUSCHAT, « La belle endormie, la Cour de conciliation et d'arbitrage », *Communauté de sécurité*, le magazine de l'OSCE, 2014-2, p. 36-37.

13 L. CAFLISH, « Vers des mécanismes paneuropéens de règlement pacifique des différends », *RGDIP*, 1993, p. 1-38 ; Ch. LEBEN, « La mise en place de la Cour de conciliation et d'arbitrage de l'OSCE », *RGDIP*, 1996, p. 135-148 ; L.-A. SICILIANOS, « Le mécanisme de règlement des différends au sein de la CSCE approuvé à Stockholm », *AFDI*, 1993, p. 898-919.

A. Le constat

1) On note tout d'abord l'existence de l'arbitrage prévu par l'article 25 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends (MARD) en ces termes :

« 1. Un arbitrage rapide dans le cadre de l'OMC, conçu comme un autre moyen de règlement des différends, peut faciliter la solution de certains différends concernant des questions clairement définies par les deux parties. »

Quelques accords s'y réfèrent pour résoudre des questions ponctuelles telles que la modification ou le retrait d'engagements spécifiques en matière de service. En pareils cas, entre autres conditions, une compensation est prévue au profit des principaux partenaires ; et à défaut d'accord direct entre les parties intéressées sur cette même compensation, un recours à l'arbitrage est possible pour la déterminer¹⁴.

2) En dehors de l'arbitrage, dont on verra que pour l'instant il n'a guère convaincu les Membres de l'OMC, la procédure la plus connue est celle des groupes spéciaux avec possibilité de recours devant l'Organe d'appel. Dans ce cadre, plusieurs motifs d'ouverture, six pour être précis, sont théoriquement envisageables.

a) Tout d'abord le recours peut viser, pour un Membre de l'OMC, à démontrer que la ou les mesures contestées :

i) soit annulent ou compromettent pour lui un avantage résultant directement ou indirectement de l'Accord applicable¹⁵ ;

ii) soit que la réalisation de l'un des objectifs du même Accord se trouve entravée par ces mêmes mesures.

b) Pour procéder à cette démonstration, le Membre de l'OMC plaignant peut se situer sur trois terrains possibles.

i) Le plus simple est de plaider que la mesure dont il se plaint n'est pas compatible avec telle ou telle règle de l'OMC ; autrement dit, que cette mesure est illégale. C'est ce que l'OMC appelle les « plaintes pour violation »¹⁶.

ii) Le deuxième type de recours est plus original : il s'agit de contester toute mesure appliquée par un autre Membre de l'OMC, *même si celle-ci n'est pas incompatible avec le droit applicable*. Ce sont les plaintes dites « en situation de non-violation »¹⁷.

14 Accord général sur le commerce des services (AGCS), article XXI :3 et 4.

15 Article XXIII :a, b, et c du GATT de 1994 ; AGCS, article XXIII :1 ; ADPIC, article 64 :1 ; AMP, article XXII :2. Voir toutefois l'Accord SMC qui, en son article 4, prévoit des dispositions spécifiques différentes pour les subventions prohibées définies à son article 3 (soit les subventions à l'exportation et les subventions relatives au remplacement des importations). En effet, il n'exige pas que soit formulée une allégation d'annulation ou de réduction d'avantages.

16 GATT de 1994, article XXIII :1 a) ; dispositions citées note 13 pour les autres accords.

17 GATT de 1994, article XXIII :1 b) ; AGCS, article XXIII :3 ; AMP : article XXII :2 ; MARD : article 26 :1. L'Accord sur les ADPIC exclut momentanément ce recours (article 64 :2 et 3).

iii) Troisième type de recours, beaucoup plus large en ce sens qu'il pourrait viser n'importe quelle situation : ce sont les « plaintes motivées par une autre situation »¹⁸.

B. La rationalité

L'idée générale derrière cette profusion de recours possibles est celle de la protection des concessions et autres avantages pour maintenir l'équilibre des négociations entre les Membres de l'OMC. Pour les plaintes en situation de non-violation, il s'agit ainsi de s'assurer que les Membres de l'OMC concernés ne fassent pas de concessions commerciales qu'ils neutralisent ensuite par une mesure interne, alors que dans le même temps ils continuent de bénéficier de la concession obtenue en échange de celle qu'ils ont consentie (ou plutôt font mine de consentir). L'exemple type est celui d'une baisse de droits de douane dont les effets attendus par les exportateurs étrangers sont neutralisés par une subvention interne réduisant forcément les prix des produits locaux alors que la baisse tarifaire aurait dû favoriser les produits importés vendus logiquement moins chers¹⁹. Un Groupe spécial a pu résumer la position du GATT de 1947 sur ce point :

« ... un bouleversement dans la position concurrentielle d'un produit importé en raison de l'institution ultérieure d'une mesure interne, que la partie plaignante ne pouvait raisonnablement prévoir au moment de la négociation d'une concession tarifaire sur le produit importé, valait une présomption d'annulation ou d'amointrissement de la valeur des concessions tarifaires »²⁰.

Cette raison d'être a notamment bien été mise en lumière par le Groupe spécial en charge de l'affaire *CEE-Oléagineux* :

« [Les dispositions de l'article XXIII : 1 b) du GATT de 1947] procèdent de l'idée que les possibilités de concurrence accrues que l'on pouvait légitimement attendre d'une concession tarifaire risquaient d'être compromises non seulement par des mesures interdites par l'Accord général, mais aussi par des mesures compatibles avec celui-ci. Afin d'encourager les parties contractantes à s'accorder des concessions tarifaires, il fallait donc leur donner un droit à réparation pour le cas où une concession réciproque serait compromise par une autre partie contractante à la suite de l'application d'une mesure quelconque, contrevenant ou non à l'Accord général »²¹.

C'est donc aussi une manière d'inciter les Membres de l'OMC à s'engager et à ouvrir leurs frontières commerciales en envisageant des parades au maximum de situations susceptibles de survenir et dont certaines ne résulteraient pas forcément du non-respect des règles applicables. Sur ce point, remarquons que le droit de l'OMC fourmille de mécanismes destinés à assouplir les engagements de membres lorsque l'évolution des circonstances économiques et non économiques le

18 GATT de 1994, article XXIII : 1 c) ; MARD, article 26 :2. L'Accord sur les ADPIC exclut momentanément ce recours (article 64 :2 et 3), et l'AGCS ne le mentionne pas (article XXIII).

19 Voir la première affaire sur les *Subventions australiennes aux importations de sulfate d'ammonium* (Rapport du Groupe spécial adopté le 3 avril 1950, *IBDD* 2S/204), ou bien l'affaire *CEE-Oléagineux* (Rapport du Groupe spécial adopté le 25 janvier 1990, *IBDD*, S37/91).

20 *CEE – Aides accordées à la production de pêches en boîte, poires en boîte, mélanges de fruits en boîte et raisins secs*, Rapport du Groupe spécial non adopté (GATT de 1947, 1985).

21 Rapport adopté le 25 janvier 1990, *IBDD*, S37/91, paragraphe 144.

justifient²². Ces recours procèdent donc de la même approche et de la même logique (du moins pour l'évolution des circonstances économiques).

Pour ce qui est des plaintes motivées par des situations autres que celles qui viennent d'être mentionnées, leur raison d'être précise est moins claire si ce n'est la volonté d'embrasser le maximum de situations possibles, telles que les crises macro-économiques. Là encore, le souvenir de la Grande dépression de 1929 peut avoir joué un rôle susceptible d'expliquer l'inquiétude des négociateurs et leur désir de protéger les intérêts de leurs États respectifs.

Il faut en effet se rappeler que le texte originel, celui du GATT, a été rédigé en 1947, et qu'en ce temps-là ouvrir ses frontières nationales aux produits étrangers présentait un risque certain d'autant plus que les obstacles à la circulation des biens n'étaient pas tous connus ni tous – loin de là – encadrés par ce même GATT. Les négociateurs, notamment américains, avaient le souvenir de la crise de 1929 et du déchaînement des mesures restrictives que celle-ci avait provoquées (le pays avait également sa part de responsabilité dans ce déchaînement). Ils ont ainsi cherché à sécuriser le plus possible l'ouverture aux échanges étrangers.

D'où cette multiplicité des motifs d'ouverture des recours, manière de tenter de prévoir l'imprévisible.

On est également frappé par l'originalité de ces recours par rapport à ceux existant habituellement en droit international, qui reposent le plus souvent sur la violation des règles convenues. Reste que la pratique n'a guère confirmé cette volonté d'appréhender le maximum de situations concevables. Qu'est-ce à dire ?

II. La non-utilisation de la plupart des recours en droit de l'OMC

A) Le mécanisme de règlement des différends de l'OMC rencontre beaucoup de succès si l'on en juge par le nombre d'affaires qui lui ont été confiées depuis sa création en 1995. Début octobre 2017, pas moins de 531 affaires commerciales lui ont été soumises, et autour de 350 décisions ont été rendues²³. De plus, pour les besoins de la démonstration, on ajoutera la période du GATT de 1947, c'est-à-dire la période antérieure à l'OMC, soit de 1948 à 1994 inclus, qui a vu l'enregistrement de quelque 300 litiges. Bien entendu toutes ces procédures n'ont pas été, pour des raisons diverses, menées à leur terme.

En outre, rappelons pour ne plus y revenir le fait que l'arbitrage pour des questions limitées prévu par l'article 25 du MARD n'a pas reçu l'accueil sur lequel ses promoteurs tablaient.

B) Reste alors la procédure juridictionnelle des panels et de l'Organe d'appel s'il y a lieu.

²² H. GHÉRARI, *Droit international des échanges*, Bruxelles, Bruylant, 2018, p. 261 et s., et 328 et s. ; C. Rosso, *Les mécanismes de flexibilité dans le droit de l'OMC*, Bruxelles, Bruylant, 2017.

²³ Depuis lors, ce mécanisme connaît toutefois une crise due à l'attitude des États-Unis qui bloquent l'élection (et la réélection) des membres de l'Organe d'appel.

1. *Les plaintes en situation de violation*

Quasiment tous les recours intentés ont allégué, à titre unique ou principal, qu'un avantage qui leur était dû avait été annulé ou compromis. En pratique, cela signifie plaider la violation de telle ou telle règle applicable, sachant que selon l'article 3 :8 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends (MARD) une annulation ou une réduction d'avantages est « présumée » exister chaque fois que l'existence d'une violation est établie. En théorie, cette présomption n'est pas irréfutable, mais dans la pratique elle fonctionne comme telle. Résultat : à ce jour il n'y a pas un seul cas de réfutation ayant abouti dans toute l'histoire cumulée du GATT de 1947 et de l'OMC. Et on note qu'un groupe spécial du GATT de 1947 est allé jusqu'à observer que la présomption avait, en pratique, été considérée comme irréfutable²⁴.

Que deviennent alors les autres types de plaintes ?

2. *Les plaintes en situation de non-violation*

Les plaintes en situation de non-violation ont rencontré un succès très limité puisque, depuis 1947, on compte moins d'une vingtaine d'affaires où ce fondement a été invoqué soit à titre principal, soit à titre subsidiaire. Surtout, il n'y a eu que six de ces affaires qui ont vu cette allégation accueillie et encore faut-il préciser que ces dernières affaires ont été présentées sous le GATT de 1947, donc avant la création de l'OMC, et que le rapport de trois d'entre elles n'a finalement pas été adopté. Ce qui fait au total un bilan bien maigre²⁵. Pour ce qui est de l'OMC, rares sont les recours qui lui ont été soumis où l'on note trois affaires importantes mais qui, toutes les trois, comme les autres d'ailleurs, ont abouti à un rejet²⁶.

Les organes de jugement de l'OMC, tout en clarifiant quelque peu les conditions d'application de ce type de recours²⁷, n'ont eu de cesse de répéter que, bien que prévu expressément par les Accords commerciaux de l'OMC, il « devrait être envisagé avec prudence et demeurer exceptionnel »²⁸.

24 États-Unis – Taxes sur le pétrole et certains produits d'importation (Fonds spécial pour l'environnement), Rapport du Groupe spécial adopté le 17 juin 1987, paragraphe 5.1.7. (GATT de 1947).

25 Les affaires ayant consacré ce fondement sont les suivantes : *Australie – Sulfate d'ammonium* (rapport adopté le 3 avril 1950), *Allemagne – Sardines* (rapport adopté le 31 octobre 1952), *CE – Produits du secteur des agrumes* (rapport non adopté), *CEE – Fruits en boîte* (rapport non adopté), *CEE – Oléagineux* (rapport adopté le 25 janvier 1990) et *CEE – Oléagineux II* (rapport non adopté). Pour plus de détails sur ces affaires, cf. *Index analytique, Guide des règles et pratiques du GATT*, volume 2, Genève, 1995, p. 711 et s. ; E.-U. PETERSMANN, *The GATT/WTO Dispute Settlement System, International Law, International Organizations and Dispute Settlement*, Kluwer Law International, 1997, 150 et s. ; R. W. STAIGER and A.O. SYKES, « Non-Violations », *JIEL*, volume 16, 2013, p. 741-775.

26 Rapport du Groupe spécial *Japon – Pellicules*, WT/DS44/R, adopté le 22 avril 1998 ; rapport du Groupe spécial *Corée – Mesures affectant les marchés publics*, WT/DS163/R, adopté le 19 juin 2000 ; Rapports du Groupe spécial et de l'Organe d'appel *CE-Amiante*, WT/DS135/AB/R, adoptés le 5 avril 2001. Pour les autres affaires, voir *WTO Analytical Index : Dispute Settlement Understanding*, sous l'article 26, n° 1348 (www.wto.org).

27 Dans l'affaire *Japon-Pellicules* précitée, le Groupe spécial a constaté que les États-Unis n'avaient pas démontré que les mesures en cause annulaient ou compromettaient leurs avantages, au sens de l'article XXIII :1b) du GATT de 1994. Il a notamment précisé qu'une partie plaignante était tenue de démontrer l'existence de trois éléments au titre de cette disposition, à savoir : i) l'application d'une mesure par un Membre de l'OMC ; ii) l'existence d'un avantage résultant de l'accord applicable ; et iii) l'annulation ou la réduction de cet avantage du fait de l'application de la mesure.

28 Rapports du Groupe spécial et de l'Organe d'appel *CE-Amiante*, WT/DS135/AB/R, adoptés le 5 avril 2001, paragraphe 186 (citant la position prise par des groupes spéciaux sur ce point).

3. *Les plaintes motivées par une situation autre que la violation ou la non-violation*

Les plaintes motivées par une situation autre que la violation ou la non-violation d'une règle, mais avec des effets préjudiciables, n'a jamais fondé un véritable recours et donc jamais été examiné au contentieux. On note seulement que, quelquefois, ce fondement était invoqué lors des discussions diplomatiques, mais sans véritable prolongement contentieux²⁹. Une telle situation n'est guère étonnante car ce motif ne brille pas par sa clarté, ceci pour dire le moins. On cite souvent, mais sans plus de précisions, les situations d'urgence macro-économiques telles que des dépressions générales, un fort taux de chômage, un effondrement du prix d'un produit, des difficultés financières, etc.³⁰. En l'absence d'éclairage jurisprudentiel, ce recours conserve tout son mystère, alors même qu'il est exigé de la partie plaignante qu'elle présente « une justification détaillée à l'appui de tout argument avancé »³¹.

De plus, ce recours ne bénéficie pas de l'ensemble de la procédure applicable aux plaintes en situation de violation. En effet, selon l'article 26:2 du Mémorandum d'accord les règles et procédures que ce texte prévoit s'appliquent ici uniquement jusqu'au point où le rapport du groupe spécial a été distribué. En d'autres termes, la règle du consensus inversé, qui garantit l'adoption quasi automatique des rapports, ne joue pas, permettant ainsi à la partie perdante de bloquer l'adoption grâce au consensus (positif) qui confère une sorte de « droit de veto » à chaque Membre votant. De même, tout le mécanisme de surveillance de la mise en conformité ne s'applique pas.

Se pose la question de savoir quelles perspectives peut être ouvertes par ce déséquilibre dans l'utilisation des recours dans le cadre d'un mécanisme de règlement des différends qui, dans l'ensemble, fonctionne plutôt bien.

III. Vers une simplification et une rationalisation des recours ?

En fait, on peut tirer de ce rapide examen la conclusion de la nécessité de revoir cette abondance de recours en trompe-l'œil. Pourquoi, en effet, ne pas faire en sorte que les textes soient en cohérence avec la pratique à laquelle ils ont donné lieu depuis plusieurs dizaines d'années maintenant ? Pourquoi ne pas conserver que les plaintes en situation de violation, puisque la quasi-totalité des nombreux recours exercés par les Membres de l'OMC se fondent sur ce type de plainte ? Et pourquoi pas, dans la foulée, consacrer textuellement la règle selon laquelle la violation d'une règle établit, de façon irréfragable, l'annulation ou l'amoindrissement d'un avantage ? Ceci fait, on ferait alors disparaître purement et simplement les deux autres types de plaintes en situation de non-violation et pour « autres situations ». En faveur de cette double démarche, pourraient être invoquées plusieurs raisons.

29 Voir par exemple la procédure de la CEE visant le Japon, en 1983, qui n'est pas allée bien loin du fait de l'opposition du Japon ; voir *Index analytique ; Guide des règles et pratiques du GATT*, volume 2, Genève, , 1995, p. 726.

30 Pour l'historique de ce recours, voir *Index analytique ; Guide des règles et pratiques du GATT*, volume 2, Genève, 1995, p. 724 et s.

31 MARD, article 26 :2a).

i) En premier lieu, les raisons, surtout mises en avant par les économistes qui ont incité à consacrer ces deux types de plaintes, ont largement perdu de leur pertinence. Car s'il est vrai qu'en 1947 la réglementation du GATT n'était pas à la hauteur de tous les obstacles susceptibles d'entraver les échanges, aujourd'hui la réglementation a très sensiblement évolué et s'est enrichie de très nombreux textes très pointus et pertinents, sans parler d'un corpus jurisprudentiel impressionnant. Ainsi, si la crainte des subventions a beaucoup fait pour la consécration du recours en situation de non-violation, l'OMC administre aujourd'hui un Accord commercial multilatéral sur ce sujet qui lie tous les Membres de l'OMC et qui interdit expressément les subventions susceptibles d'« annuler ou compromettre des avantages résultant directement ou indirectement du GATT de 1994 pour d'autres Membres, en particulier les avantages résultant de concessions consolidées en vertu de l'article II dudit accord »³².

D'ailleurs on rappellera que deux textes fondamentaux du droit de l'OMC rédigés bien plus tard que le GATT de 1947, ont adopté une position plus nuancée. Ainsi l'Accord général sur le commerce des services (AGCS-GATS) n'a pas retenu les plaintes motivées par les « autres situations » ; et, pour sa part, l'Accord relatif aux aspects des droits de propriété intellectuelle touchant au commerce (ADPIC), ne permet pour l'instant que les plaintes pour violation, et ceci en renouvelant régulièrement, depuis 2001, un moratoire excluant l'application des deux autres types de plaintes écartées déjà pendant les premiers 5 ans de la vie de cet accord (1995-1999).

ii) On peut ensuite citer le fait de *rapprocher les recours OMC avec les principes fondamentaux de la responsabilité internationale des États*. Pour mémoire, rappelons que selon l'article 2 du texte adopté par la CDI en 2001, et dont l'Assemblée générale des Nations unies a pris note :

« Il y a fait internationalement illicite de l'État lorsqu'un comportement consistant en une action ou une omission : a) Est attribuable à l'État en vertu du droit international ; et b) Constitue une violation d'une obligation internationale de l'État ».

Cet alignement sur la règle générale serait gage de simplicité et de clarté.

iii) Autre argument de poids : la *simplification du régime contentieux* qui, aujourd'hui, n'est pas tout à fait le même suivant le recours envisagé. D'après le Mémorandum d'accord sur le règlement des différends (MARD), en cas d'incompatibilité d'une mesure, les organes de jugement doivent demander à l'État qui en est l'auteur de la rendre conforme au droit applicable, par voie de retrait ou de modification lorsque cela est possible³³. Et ce texte d'insister sur le fait que « ni la compensation ni la suspension de concessions ou d'autres obligations ne sont préférables à la mise en œuvre intégrale d'une recommandation de mettre une mesure en conformité avec les accords visés »³⁴. Or, en cas de succès d'une plainte en situation de non-violation, il n'y a pas obligation de retirer la mesure contestée ; ce qui est logique puisqu'elle n'est pas incompatible. Que faire alors ? Le Groupe spécial ou l'Organe d'appel doit

32 Accord SMC, article 5, b).

33 MARD, article 19 :1 : « Dans les cas où un groupe spécial ou l'Organe d'appel conclura qu'une mesure est incompatible avec un accord visé, il recommandera que le Membre concerné. »

34 MARD, article 22 :1.

recommander que le Membre de l'OMC concerné procède à un « ajustement mutuellement satisfaisant », lequel – il faut le noter – pourra passer par une compensation³⁵.

Autre différence, qui concerne cette fois-ci uniquement les plaintes motivées par une autre situation, la procédure prévue par le MARD s'appliquera partiellement, plus exactement jusqu'au moment où le rapport du groupe spécial a été distribué aux Membres. Ensuite, c'est l'ancienne procédure (telle que réformée en 1989) qui reprend ses droits, avec tout particulièrement l'application du consensus (positif) tant décrié du temps du GATT de 1947 et aux défauts duquel le MARD a entendu remédier³⁶. En ne conservant que le recours pour violation, on garantit du même coup l'application d'une seule et unique procédure, gage là encore de clarté et de simplification, et l'on s'évite de revivre les dysfonctionnements de l'ancien mécanisme de règlement des différends tel qu'on l'a vu à l'œuvre sous l'empire du GATT de 1947 à 1994.

iv) Les conditions d'application des recours autres que celui pour violation des règles applicables sont tout sauf claires alors même que « la sécurité et la prévisibilité du système commercial multilatéral » sont érigées en valeur sur lesquelles le mécanisme de règlement des différends de l'OMC doit veiller³⁷. Comment veut-on que cet objectif si important soit atteint si ces recours sont dès le départ assortis de conditions dont la clarté n'est pas la qualité première ?

v) Ce sont des recours dangereux et potentiellement déstabilisateurs pour la compréhension de l'économie générale des textes piliers de l'OMC ainsi que pour leur application. Ainsi, pour ne prendre que cet exemple, en décidant que la plainte en situation de non-violation peut viser une mesure prise au nom de la protection de la santé, les organes de jugement ont pu troubler ceux qui sont légitimement contraints de recourir à ces exceptions non commerciales pourtant consacrées par le droit de l'OMC. Il faudra désormais non seulement se conformer aux conditions rigoureuses d'application de ces exceptions, mais ensuite compter avec d'éventuelles contestations sur le terrain de la non-violation. On notera que, dans l'affaire *CE-Amiante*, l'UE a vainement plaidé que le recours en situation de non-violation ne pouvait s'appliquer qu'à des mesures proprement commerciales³⁸.

vi) Le droit international général peut également aider à faire face aux situations visées par les recours qui pourraient donc être abandonnés. Ainsi pour les recours en situation de non-violation peut-on penser aux principes *Pacta sunt servanda* ou de bonne foi attendus dans la mise en œuvre des engagements conventionnels : il s'agit en substance d'appliquer *loyalement* ce à quoi on s'est engagé. L'erreur ou le dol consacré par la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969 (respectivement articles 26, 48 et 49 du même texte) pourraient peut-être s'avérer utiles : le Membre qui les invoquerait expliquerait qu'il s'est trompé ou qu'on l'a trompé sur la véritable

35 MARD, article 26 :1b).

36 MARD, article 26 :2.

37 MARD, article 3 :2 : « Le système de règlement des différends de l'OMC est un élément essentiel pour assurer la sécurité et la prévisibilité du système commercial multilatéral. »

38 Voir l'affaire *CE-Amiante* précitée. Voir aussi l'affaire *Corée-Marchés publics*, WT/DS163/R, rapport du Groupe spécial adopté le 19 juin 2000.

teneur de la contrepartie à ses propres concessions. Mais l'on sait que ces vices du consentement sont rarement invoqués et encore plus rarement reconnus. Pour ce qui est du recours motivé par « une autre situation », pourquoi ne pas songer au changement fondamental de circonstances, également consacré par la convention de Vienne sur le droit des traités précitée (article 62) ? On sait en effet qu'un tel changement fondamental de circonstances qui s'est produit par rapport à celles qui existaient au moment de la conclusion d'un traité et qui n'avait pas été prévu par les parties peut être avancé comme motif pour mettre fin au traité ou pour s'en retirer. Mais bien entendu, certaines conditions doivent être réunies, dont la rigueur et l'objectif de sécurité juridique et ici des relations conventionnelles ainsi nouées laissent à penser qu'un tel résultat n'est pas des plus aisés ; ceci sans parler du fait que le but n'est pas tant de se retirer du traité que de l'adapter à la nouvelle situation en corrigeant le déséquilibre économique apparu³⁹.

Toutes ces considérations semblent donc plaider contre l'utilité et le maintien des plaintes en situation de non-violation, et davantage encore des plaintes pour « autre situation », n'était que certains Membres de l'OMC paraissent y être attachés. D'une part, parmi les questions à négocier pour la réforme du Mémoire d'accord sur le règlement des différends de l'OMC, lancée il y a des années déjà et toujours non décidée, ne figure pas celle du maintien ou de la disparition des plaintes autres que pour violation⁴⁰. D'autre part, une étude fouillée sur 226 accords commerciaux régionaux (ACR) a montré que des États ont tendance à prévoir dans ce type d'accords la possibilité de plaintes en situation de non-violation⁴¹. Reste que le nombre de ces États est limité (Canada, Chili, Colombie, Corée du Sud, Mexique, Panama et les États-Unis), tout comme l'est celui des accords concernés (un peu plus d'une vingtaine sur les 226 étudiés)⁴². On peut également s'interroger sur les motifs à l'origine de ce phénomène : s'agit-il d'un véritable attachement ou d'un simple mimétisme, tant il est vrai que le modèle de mécanisme de règlement des différends de l'OMC inspire visiblement nombre de mécanismes retenus par ces accords commerciaux régionaux ?

39 E.-U. PETERSMANN, *op. cit.*, p. 170-176 ; R. W. STAIGER et A.O. SYKES, *op. cit.* Pour sa part, le Panel en charge de l'affaire *Corée-Marchés publics*, a considéré que, en ce qui concerne l'allégation de non-violation au titre de l'article XXII :2 de l'Accord sur les marchés publics, présentée par les États-Unis et fondée sur la suppression des avantages raisonnablement attendus des promesses faites par la Corée, plutôt que sur l'annulation ou la réduction de concessions effectivement faites, la notion de non-violation pouvait être étendue à des contextes autres que ceux illustrés par l'approche classique (c'est-à-dire, l'annulation ou la réduction des concessions accordées en contrepartie des propres concessions du Membre plaignant). Il a donc décidé d'examiner l'allégation des États-Unis « dans le cadre des principes du droit international (article 48 de la Convention de Vienne) qui sont généralement applicables non seulement à l'exécution, mais aussi à la négociation des traités » (erreur dans l'élaboration du traité) » (*Corée-Marchés publics*, WT/DS163/R, rapport du Groupe spécial adopté le 19 juin 2000).

40 H. GHÉRARI, *Droit international des échanges*, *op. cit.*, p. 161 et s.

41 Rappelons que les ACR (appelés également « accords commerciaux préférentiels ») sont conclus notamment par les Membres de l'OMC (le plus souvent sous forme bilatérale) pour réguler leurs relations commerciales sur une base préférentielle. Voir H. GHÉRARI, *Les accords commerciaux préférentiels*, Bruxelles, Larquier, 2013.

42 Cl. CHASE, A. YANOVICH, J.-A. CRAWFORD, and P. UGAZ, *Mapping of Dispute Settlement Mechanisms in Regional Trade Agreements – Innovative or Variations on a Theme ?*, World Trade Organization, Staff Working Paper ERSD-2013-07, 10 June 2013, p. 20-21.

ANNEXES

Article XXIII DU GATT de 1994

Protection des concessions et des avantages

1. Dans le cas où une partie contractante considérerait qu'un avantage résultant pour elle directement ou indirectement du présent Accord se trouve annulé ou compromis, ou que la réalisation de l'un des objectifs de l'Accord est entravée du fait

a) qu'une autre partie contractante ne remplit pas les obligations qu'elle a contractées aux termes du présent Accord;

b) ou qu'une autre partie contractante applique une mesure, contraire ou non aux dispositions du présent Accord;

c) ou qu'il existe une autre situation,

ladite partie contractante pourra, en vue d'arriver à un règlement satisfaisant de la question, faire des représentations ou des propositions écrites à l'autre ou aux autres parties contractantes qui, à son avis, seraient en cause. Toute partie contractante ainsi sollicitée examinera avec compréhension les représentations ou propositions qui lui auront été faites.

Article XXIII de l'AGCS

Règlement des différends et exécution des obligations

1. Au cas où un Membre considérerait que tout autre Membre ne remplit pas les obligations ou engagements spécifiques qu'il a contractés au titre du présent accord, ledit Membre pourra, en vue d'arriver à un règlement mutuellement satisfaisant de la question, recourir au Mémoire d'accord sur le règlement des différends.

2. Si l'ORD considère que les circonstances sont suffisamment graves pour justifier une telle mesure, il pourra autoriser un ou plusieurs Membres à suspendre, à l'égard de tel autre ou tels autres Membres, l'application d'obligations et engagements spécifiques conformément à l'article 22 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends.

3. Si un Membre considère qu'un avantage dont il aurait raisonnablement pu s'attendre à bénéficier conformément à un engagement spécifique contracté par un autre Membre au titre de la Partie III du présent accord se trouve annulé ou compromis du fait de l'application d'une mesure qui ne contrevient pas aux dispositions du présent accord, ledit Membre pourra recourir au Mémoire d'accord sur le règlement des différends. Si l'ORD détermine que la mesure a annulé ou compromis un tel avantage, le Membre affecté aura droit à une compensation

mutuellement satisfaisante, sur la base du paragraphe 2 de l'article XXI, qui pourra inclure la modification ou le retrait de la mesure. Dans les cas où les Membres concernés ne pourront pas arriver à un accord, l'article 22 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends sera d'application.

Article 64 de l'accord ADPIC

Règlement des différends

1. Les dispositions des articles XXII et XXIII du GATT de 1994, telles qu'elles sont précisées et mises en application par le Mémoire d'accord sur le règlement des différends, s'appliqueront aux consultations et au règlement des différends dans le cadre du présent accord, sauf disposition contraire expresse de ce dernier.

2. Les alinéas 1 b) et 1 c) de l'article XXIII du GATT de 1994 ne s'appliqueront pas au règlement des différends dans le cadre du présent accord pendant une période de cinq ans à compter de la date d'entrée en vigueur de l'Accord sur l'OMC. 3. Pendant la période visée au paragraphe 2, le Conseil des ADPIC examinera la portée et les modalités pour les plaintes du type de celles qui sont prévues aux alinéas 1 b) et 1 c) de l'article XXIII du GATT de 1994 formulées au titre du présent accord et présentera ses recommandations à la Conférence ministérielle pour adoption. Toute décision de la Conférence ministérielle d'approuver lesdites recommandations ou de prolonger la période visée au paragraphe 2 ne sera prise que par consensus, et les recommandations approuvées prendront effet pour tous les Membres sans autre processus d'acceptation formel.

Article 26 du mémorandum d'accord sur le règlement des différends

Non-violation

1. Plaintes en situation de non-violation du type décrit au paragraphe 1 b) de l'article XXIII du GATT de 1994

Lorsque les dispositions du paragraphe 1 b) de l'article XXIII du GATT de 1994 seront applicables à un accord visé, un groupe spécial ou l'Organe d'appel ne pourra statuer ni faire de recommandations que dans les cas où une partie au différend considérera qu'un avantage résultant pour elle directement ou indirectement de l'accord visé en l'espèce se trouve annulé ou compromis, ou que la réalisation de l'un des objectifs dudit accord est entravée du fait qu'un Membre applique une mesure, contraire ou non aux dispositions dudit accord. Dans les cas et dans la mesure où cette partie considérera, et où un groupe spécial ou l'Organe d'appel

déterminera, que l'affaire concerne une mesure qui n'est pas contraire aux dispositions d'un accord visé auquel les dispositions du paragraphe 1 b) de l'article XXIII du GATT de 1994 sont applicables, les procédures énoncées dans le présent mémorandum d'accord seront d'application, sous réserve de ce qui suit :

- a) la partie plaignante présentera une justification détaillée à l'appui de toute plainte concernant une mesure qui n'est pas contraire à l'accord visé en l'espèce ;
- b) dans les cas où il a été constaté qu'une mesure annule ou compromet des avantages résultant de l'accord visé en l'espèce ou entrave la réalisation des objectifs dudit accord, sans qu'il y ait violation de celui-ci, il n'y a pas obligation de la retirer. Toutefois, dans ces cas, le groupe spécial ou l'Organe d'appel recommandera que le Membre concerné procède à un ajustement mutuellement satisfaisant ;
- c) nonobstant les dispositions de l'article 21, l'arbitrage prévu au paragraphe 3 de l'article 21 pourra, à la demande de l'une ou l'autre des parties, inclure une détermination du niveau des avantages qui ont été annulés ou compromis, et des suggestions concernant les moyens d'arriver à un ajustement mutuellement satisfaisant ; ces suggestions ne seront pas contraignantes pour les parties au différend ;
- d) nonobstant les dispositions du paragraphe 1 de l'article 22, la compensation pourra faire partie de l'ajustement mutuellement satisfaisant qui réglera définitivement le différend.

2. Plaintes du type décrit au paragraphe 1 c) de l'article XXIII du GATT de 1994

Lorsque les dispositions du paragraphe 1 c) de l'article XXIII du GATT de 1994 seront applicables à un accord visé, un groupe spécial ne pourra statuer ni faire de recommandations que dans les cas où une partie considérera qu'un avantage résultant pour elle directement ou indirectement de l'accord visé en l'espèce se trouve annulé ou compromis, ou que la réalisation de l'un des objectifs dudit accord est entravée du fait qu'il existe une situation autre que celles auxquelles les dispositions du paragraphe 1 a) et b) de l'article XXIII du GATT de 1994 sont applicables. Dans les cas et dans la mesure où cette partie considérera, et où un groupe spécial déterminera, que la question est visée par le présent paragraphe, les procédures énoncées dans le présent mémorandum d'accord s'appliqueront uniquement jusqu'au point de la procédure où le rapport du groupe spécial a été distribué aux Membres inclusivement. Les règles et procédures de règlement des différends énoncées dans la Décision du 12 avril 1989 (IBDD, S36/64-70) s'appliqueront à l'examen du rapport en vue de son adoption, à la surveillance et à la mise en œuvre des recommandations et décisions. Les dispositions ci-après seront aussi d'application :

- a) la partie plaignante présentera une justification détaillée à l'appui de tout argument avancé au sujet de questions visées dans le présent paragraphe ;
- b) dans une affaire concernant des questions visées par le présent paragraphe, si un groupe spécial constate que l'affaire fait aussi intervenir des questions de règlement des différends autres que celles qui sont visées par le présent paragraphe, il distribuera un rapport sur ces questions à l'ORD et un rapport distinct sur les questions relevant du présent paragraphe.

L'INAPPLICATION DES DÉCISIONS JURIDICTIONNELLES INTERNATIONALES... AU NOM DU DROIT

Emanuel CASTELLARIN¹

Résumé

L'inexécution des décisions juridictionnelles internationales est par définition un fait illicite, mais elle est avant tout d'un phénomène social qui manifeste une tension entre le droit et le fait. En dépit de l'existence de mécanismes politiques ou juridictionnels de suivi de l'exécution, il est virtuellement impossible d'identifier tous les cas d'inexécution, comme le démontrent les exemples de la Cour internationale de Justice, de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour interaméricaine des droits de l'homme. L'analyse des causes de l'inexécution est aussi délicate, car elle suppose que l'État a une volonté rationnelle et unique, ce qui est difficile à démontrer. Toutefois, l'inexécution est rarement revendiquée en tant que violation du droit. Parmi les arguments juridiques employés au soutien de l'inexécution des décisions juridictionnelles internationales, certains s'appuient sur des décisions juridictionnelles internes. Une variété de techniques tend à limiter les effets des décisions juridictionnelles internationales dans les ordres juridiques internes : refus d'effets *erga omnes* ; refus d'exécution des décisions portant sur des normes dépourvues d'effet direct ; refus d'exécution des décisions concernant des normes qui ne peuvent pas être valablement insérées dans l'ordre juridique interne. Les motifs juridiques utilisés à l'appui de ces techniques illustrent la porosité entre les considérations juridiques et les considérations extra-juridiques : distinction des normes internationales et de la jurisprudence relative à ces normes ; adaptation aux besoins des juridictions nationales ; conciliation avec la protection des droits fondamentaux ; motifs impérieux d'intérêt général. Loin de manifester la primauté du fait sur le droit, le raisonnement des juridictions internes manifeste un degré élevé de juridisation des relations sociales.

Abstract

Non-compliance with international judicial decisions is by definition a wrongful act, but it is first of all a social phenomenon that manifests a tension between law and fact. Despite the existence of political or judicial compliance mechanisms, it is virtually impossible to identify all cases of non-compliance, as shown by the examples of the International Court of Justice, the European Court of Human Rights and the Inter-American Court of Human Rights. The analysis of the causes of non-compliance is also problematic, because it assumes that the state has a rational and unique will, which is difficult to demonstrate.

¹ Professeur à l'Université de Strasbourg.

However, non-compliance is rarely claimed as a breach of law. Some of the legal arguments used to support the non-compliance of international judicial decisions are based on domestic judicial decisions. A variety of techniques tend to limit the effects of international judicial decisions in domestic legal systems : refusal of erga omnes effects ; refusal to comply with decisions based on norms with no direct effect ; refusal to comply with decisions based on norms that cannot be validly inserted into the domestic legal system. The legal arguments used to support these techniques illustrate the porosity between legal and non-legal considerations : distinction between international norms and case-law relating to these norms ; adaptation to the needs of national courts ; conciliation with the protection of fundamental rights ; overriding reasons of general interest. Far from demonstrating the primacy of fact over law, the reasoning of the domestic courts shows a high degree of juridification of social relations.

L'exécution des décisions juridictionnelles internationales consiste en l'adoption des mesures générales ou individuelles nécessaires à atteindre l'identité entre la situation juridique du défendeur condamné (en droit international, généralement l'État) et les obligations découlant de la décision juridictionnelle². Or, dans certains cas, les décisions juridictionnelles internationales ne sont pas effectives³. L'inexécution suppose une décision juridictionnelle, c'est-à-dire un acte juridictionnel à effet obligatoire. Toute décision juridictionnelle définitive a autorité de chose jugée, ce qui exprime l'obligation de respecter la décision⁴. En principe, la force des actes juridictionnels internationaux n'est pas la même que celle des actes juridictionnels internes⁵. En droit interne, la force exécutoire caractérise les décisions juridictionnelles ayant force de chose jugée, c'est-à-dire insusceptibles d'un recours suspensif d'exécution, ou celles assorties de l'exécution provisoire⁶. Bien que la force exécutoire des décisions juridictionnelles internationales soit généralement niée par la doctrine⁷, on peut l'admettre en ce sens que ces actes sont exécutoires dans l'ordre juridique international⁸ : est exécutoire l'acte qui permet de mettre en jeu directement la contrainte sociale⁹.

2 L'exécution consiste à réaliser une obligation, en faisant ainsi coïncider le droit et les faits (voir les définitions de J. SALMON, *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 477 ; P. THÉRY, in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 678-680, p. 678 ; G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 12^e éd., PUF, 2018, p. 432). Le champ sémantique de l'exécution est dense, en français (application, mise en conformité, mise en œuvre, réalisation, etc.) comme dans d'autres langues (en anglais : *application, compliance, enforcement, execution, implementation, etc.*). *Stricto sensu*, ces termes ne sont pas synonymes, mêmes si ces concepts sont intimement liés. Sur la relation entre conformité, compatibilité, mise en œuvre et effectivité, A. HAMANN, *Le contentieux de la mise en conformité dans le règlement des différends de l'O.M.C.*, Leyde, Nijhoff, 2014, p. 38-47.

3 Le terme « effectivité » décrit deux concepts : l'existence d'une situation en fait, ainsi que l'adéquation entre le fait et la norme (F. COUVEIHNES-MATSUMOTO, *L'effectivité en droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 2 ; pour une analyse plus détaillée, p. 1-33 ; A. HAMANN, *op. cit.* note 1, 44-47).

4 C. SANTULLI, *Droit du contentieux international*, 2^e éd., LGDJ, 2015, p. 502-503.

5 Toutefois, décrire l'inexécution des décisions juridictionnelles internationales comme la conséquence des imperfections structurelles de l'ordre juridique international par rapport à l'ordre juridique interne est trompeur. Non seulement les ordres juridiques étatiques ne sont pas immuns à l'inexécution des décisions juridictionnelles, mais la *domestic analogy* présente des limites intrinsèques qui risquent de faire méconnaître la spécificité de l'ordre juridique international (A. HAMANN, *op. cit.* note 1, p. 10-15 ; en théorie des relations internationales, C. BOTTICI, *Men and States. Rethinking the Domestic Analogy in a Global Age*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2009, 174 p.).

6 En France, articles 500 et 501 du Code de procédure civile.

7 Par exemple, J. COMBACAU, S. SUR, *Droit international public*, 12^e éd., LGDJ, 2016, p. 610 (J. COMBACAU).

8 C. SANTULLI, *op. cit.* note 3, p. 514. Par ailleurs, en droit international général les recours ne sont pas suspensifs, si bien que la force exécutoire ne dépend pas du caractère définitif de la décision (*ibid.*, p. 507).

9 G. CORNU, *op. cit.* note 1, p. 433.

Or, il est bien connu que les mécanismes d'exécution prévus dans l'ordre juridique international diffèrent de ceux prévus par l'ordre juridique interne, car l'ordre juridique international ne prévoit d'autorité centralisée à cet effet¹⁰. Les juridictions internationales sont dotées de *jurisdictio* mais ne sont pas dotées d'*imperium*, si bien qu'elles n'ont pas le pouvoir de disposer de la force publique. On peut alors parler d'exécution forcée en droit international, mais cela ne désigne que l'exécution d'office (comme le gel des avoirs du débiteur) ou l'adoption de contre-mesures¹¹. Celles-ci ne peuvent être adoptées que dans les limites du droit international, qui interdit notamment au créancier d'obligations internationales d'avoir recours à la force pour les exécuter. Cela ne signifie pas qu'il n'existe pas d'obligation d'exécuter les décisions juridictionnelles internationales¹². Les parties aux conventions établissant une juridiction s'engagent à se conformer aux décisions de celle-ci dans tout litige auquel elles sont parties¹³. Confronté à une décision juridictionnelle qui a autorité de chose jugée à son égard, le défendeur a le choix des moyens de s'y conformer. En d'autres termes, la réalisation de l'obligation d'exécuter peut se faire par toute mesure objectivement apte à la mise en conformité à la décision juridictionnelle¹⁴. L'inexécution résulte de l'absence de telles mesures.

Si l'inexécution d'une obligation n'est jamais anodine pour le juriste, l'inexécution d'une décision juridictionnelle l'est encore moins : elle constitue par définition un fait illicite. La (prétendue) inexécution peut aussi donner lieu à de nouveaux différends, distincts de celui à l'origine de la décision juridictionnelle¹⁵. Sur le plan juridique, cette situation ne présente pas de spécificités par rapport à l'exécution des obligations en général¹⁶. Néanmoins, elle a d'importants enjeux extra-juridiques, de nature politique, économique et symbolique¹⁷. En particulier, il est évident que, selon leur nombre et leur importance politique, des inexécutions répandues voire systématiques peuvent encourager des comportements similaires par d'autres défendeurs. En toute logique, on peut supposer que le risque est plus élevé lorsque les décisions juridictionnelles portent sur des obligations réciproques ou interdépendantes que lorsqu'ils portent sur des obligations intégrales¹⁸. On peut également supposer que le risque est plus élevé lorsque la juridiction est obligatoire : dans les autres cas, si une dynamique d'émulation dans la défiance s'instaure, elle devrait se manifester principalement par l'exercice de la faculté de ne pas accepter la juridiction. Toutefois, ces hypothèses sont difficiles à vérifier empiriquement.

10 Sur l'exécution de l'obligation résultant de l'acte juridictionnel en droit international, A. HAMANN, *op. cit.* note 1, p. 7-18.

11 C. SANTULLI, *op. cit.* note 3, p. 514-515 ; A. HAMANN, *op. cit.* note 1, p. 7-9.

12 C. SANTULLI, *op. cit.* note 3, p. 506-507 ; « L'obligation d'exécuter les décisions juridictionnelles internationales », *RGDIP*, 2017, n° 3, p. 563-573.

13 Par exemple, article 94 § 1 de la Charte des Nations unies et article 46 § 1 de la Convention EDH.

14 C. GIORGETTI, « What happens after a Judgment is given ? : Judgment Compliance and the Performance of International Courts and Tribunals », in T. SQUATRITO, O. R. YOUNG, A. FOLLESDAL, G. ULFSTEIN (dir.), *The Performance of International Courts and Tribunals*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018, p. 324-350 ; G. CATALDI, « La mise en oeuvre des décisions des tribunaux internationaux dans l'ordre interne », *RCADI*, vol. 386, 2017, p. 267-428.

15 C. SANTULLI, *op. cit.* note 3, p. 517-518. Sur le contentieux de la mise en conformité à l'OMC, A. HAMANN, *op. cit.* note 1, 840 p.

16 J. COMBACAU, S. SUR, *op. cit.* note 6, p. 610 (J. Combacau).

17 A. HAMANN, *op. cit.* note 1, p. 17-18.

18 Les obligations interdépendantes sont celles « dont l'exécution par chaque partie est conditionnée par l'exécution correspondante par toutes les parties » (Annuaire de la Commission du droit international, 1958, II, p. 46). Les obligations intégrales sont celles « autonome[s], absolue[s] et intrinsèque[s] pour chaque partie », dont l'exécution « ne dépend pas d'une exécution correspondante par les autres parties » (Annuaire de la Commission du droit international, 1957, II, p. 54).

En revanche, sans prétendre à l'exhaustivité, on peut s'interroger sur les raisons et sur la nature des inexécutions des décisions juridictionnelles internationales. S'agissant avant tout d'un phénomène social, qui manifeste une tension entre le droit et le fait, il est nécessaire d'en esquisser en premier lieu une analyse sociologique (I). Cependant, l'analyse juridique permet d'éclairer certains aspects du phénomène : parmi les arguments mobilisés pour justifier l'inexécution de décisions juridictionnelles internationales, il est frappant de constater que les arguments juridiques tiennent une place de choix. En particulier, plusieurs cas d'inexécution de décisions juridictionnelles internationales résultent de décisions juridictionnelles internes (II).

I. Enquête sur de l'inexécution des décisions juridictionnelles internationales comme phénomène social

Bien que certaines études portent sur l'(in)exécution de certaines catégories de décisions juridictionnelles internationales¹⁹, l'inexécution de décisions juridictionnelles internationales n'a jamais fait l'objet d'une étude sociologique d'ensemble. Cela n'est guère surprenant, car une telle étude soulèverait de redoutables défis méthodologiques, tant dans l'identification de tous les cas d'inexécution (A) que dans l'analyse de leurs causes (B).

A. Identifier l'inexécution

Dans le contexte international actuel, la proportion de décisions juridictionnelles internationales inexécutées peut *prima facie* sembler en augmentation²⁰. Cependant, une appréciation casuistique centrée sur des affaires choisies peut difficilement fonder des conclusions générales sur d'autres cas d'inexécution et sur leur relation avec les cas d'exécution, quantitativement plus nombreux. De plus, l'estimation précise de l'ampleur de ce phénomène – et donc de son évolution quantitative dans le temps – suppose un suivi systématique de l'exécution.

Le suivi de l'exécution des décisions juridictionnelles internationales est généralement assuré par des organes politiques²¹. L'article 94 § 2 de la Charte des Nations unies permet un suivi de ce type en ce qui concerne les arrêts de la Cour internationale de Justice (CIJ) : « Si une partie à un litige ne satisfait pas aux obligations qui lui incombent en vertu d'un arrêt rendu par la Cour, l'autre partie peut recourir au Conseil de sécurité et celui-ci, s'il le juge nécessaire, peut faire des recommandations ou décider des mesures à prendre pour faire exécuter l'arrêt ». Jamais utilisé²², ce mécanisme de suivi de l'exécution pourrait, en théorie, devenir un véritable mécanisme d'exécution si le Conseil de sécurité adoptait à cet effet des mesures de contrainte. Par-delà la spécificité de cette disposition,

19 P. S. KRISHNAMURTHY, « To Enforce or Manage : An Analysis of WTO Compliance », *Emory International Law Review*, 2018, p. 377-408 ; A. REICH, « The effectiveness of the WTO dispute settlement system : A statistical analysis », in T. KONO, M. HISCOCK, A. REICH (dir.), *Transnational Commercial and Consumer Law*, Singapour, Springer, 2018, p. 1-43 ; Andreas VON STADEN, *Strategies of Compliance with the European Court of Human Rights. Rational Choice Within Normative Constraints*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2018, 365 p.

20 Voir par exemple les vœux d'Alain Pellet, président de la Société française pour le droit international pour l'année 2018, 13 janvier 2018, <<http://www.sfdi.org/les-voeux-du-president-2/>>.

21 A. HAMANN, *op. cit.* note 1, p. 47-64.

22 A. PILLEPICH, « Article 94 », in J.-P. COT, A. PELLET, M. FORTEAU, *La Charte des Nations unies. Commentaire article par article*, 3^e éd., Economica, 2005, p. 1987-1998.

liée aux pouvoirs que le Conseil de sécurité tient du Chapitre VII de la Charte, le suivi de l'exécution par des organes politiques est cohérent avec l'ample liberté du défendeur dans le choix des moyens de l'exécution.

Dans certains systèmes normatifs conventionnels, les organes juridictionnels interviennent dans le suivi de l'exécution²³. En particulier, la Cour interaméricaine des droits de l'homme (Cour IADH) s'estime compétente pour contrôler l'exécution de ses arrêts²⁴. Quant à la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH), l'article 46 § 2 de la Convention EDH prévoit que « [l]'arrêt définitif de la Cour est transmis au Comité des Ministres qui en surveille l'exécution », mais la procédure de manquement, introduite par le protocole 14 aux paragraphes 3-5, s'appuie également la Cour²⁵. Par-delà cette procédure, la Cour intervient de manière croissante sur le terrain de l'exécution de ses arrêts²⁶.

Toutefois, l'existence de ces mécanismes de suivi ne suffit pas à quantifier avec précision le phénomène de l'inexécution des décisions juridictionnelles internationales. En premier lieu, contrairement au Conseil de la Société des Nations²⁷, aucun organe international n'est habilité à suivre l'exécution de l'ensemble des décisions juridictionnelles internationales. Ainsi, certaines décisions juridictionnelles ne sont pas soumises à un mécanisme de suivi institutionnalisé : l'exécution est donc suivie directement par les parties et par les autres sujets intéressés. Tel est le cas des sentences arbitrales²⁸.

En deuxième lieu, la saisine de certains organes chargés du suivi est facultative, si bien que ces organes ne sont pas nécessairement saisis de toutes les inexécutions. Ainsi, en ce qui concerne la CIJ, le recensement des cas d'inexécution est l'apanage de la doctrine. Si plusieurs affaires ont donné lieu à des difficultés d'exécution²⁹, le seul cas d'inexécution flagrante d'un arrêt sur le fond est celui

23 Sur le cas de l'Organe de règlement des différends de l'OMC, A. HAMANN, *op. cit.* note 1, not. p. 18-22. Sans vouloir remettre en cause l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union européenne, on peut signaler que la procédure de manquement sur manquement en droit de l'Union (article 260 § 2 du Traité sur le fonctionnement de l'Union), fait également partie des mécanismes de suivi de l'exécution qui prévoient l'intervention d'un organe juridictionnel.

24 L. HENNEBEL, H. TIGROUDJA, *Traité de droit international des Droits de l'homme*, 2^e éd., Pedone, 2018, p. 1445-1452. Ce pouvoir, d'abord exercé sans fondement textuel (*Velásquez Rodríguez c. Nicaragua*, arrêt du 17 août 1990 sur l'interprétation et la révision de l'arrêt du 21 juillet 1989) a été confirmé par la Cour de manière explicite (*Baena Ricardo et autres c. Panama*, arrêt du 28 octobre 2003).

25 Le protocole, signé en 1994, est entré en vigueur en 2010. La procédure de manquement a été engagée pour la première fois en décembre 2017 en ce qui concerne l'arrêt *Mammadov c. Azerbaïdjan*. Cette première utilisation de la procédure de manquement permettra d'en apprécier l'efficacité et donc les chances de voir le Comité des Ministres l'engager dans d'autres affaires.

26 L. HENNEBEL, H. TIGROUDJA, *op. cit.* note 23, p. 1457-1468.

27 Selon l'article 13 § 4 du Pacte de la SdN, « [l]es Membres de la Société s'engagent à exécuter de bonne foi les sentences rendues et à ne pas recourir à la guerre contre tout Membre de la Société qui s'y conformera. Faute d'exécution de la sentence, le Conseil propose les mesures qui doivent en assurer l'effet ». Des amendements au texte de l'article 13 furent adoptés par l'Assemblée de la SdN le 4 octobre 1921 et entrèrent en vigueur le 26 septembre 1924 : à l'occasion de la création de la Cour permanente de Justice internationale, ils ajoutaient aux sentences arbitrales les décisions judiciaires. Le Conseil de la SdN fut saisi au titre de l'article 13 § 4 du Pacte une seule fois, concernant la sentence arbitrale du 29 mars 1933 dans l'affaire des *Forêts du Rhodope central (Grèce c. Bulgarie)*, finalement exécutée spontanément par la Bulgarie (S. Vité, « Article 13 », in R. KOLB (dir.), *Commentaire sur le Pacte de la Société des Nations*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 571-586, p. 583). Les arrêts de la Cour permanente de Justice internationale furent exécutés pour l'essentiel, à l'exception de l'arrêt du 17 août 1923 dans l'affaire du *Vapeur Wimbledon (Royaume-Uni, France, Japon et Italie c. Allemagne ; Pologne (intervenante))* et de l'arrêt du 15 juin 1939 dans l'affaire de la *Société commerciale de Belgique (Belgique c. Grèce)* (A. Pillepich, *op. cit.* note 21, p. 1989).

28 Pour l'arbitrage mixte, l'exécution a lieu selon les normes sur l'exécution prévues dans l'ordre juridique interne, de manière conforme à la Convention de Washington de 1965 établissant le CIRDI (articles 54 et 55) ou à la Convention de New York de 1958 sur la reconnaissance ou l'exécution des sentences arbitrales étrangères. Pour les sentences arbitrales interétatiques, l'absence de suivi institutionnalisé de l'exécution va de pair avec un contrôle de la validité lui-même très restreint.

29 A. PILLEPICH, *op. cit.* note 21, p. 1996.

du 25 juillet 1974 dans l'affaire *Compétence en matière de pêcheries (République fédérale d'Allemagne c. Islande)*, dépassé par l'évolution du droit positif dans le cadre de la troisième Conférence sur le droit de la mer³⁰. D'ailleurs, si les décisions juridictionnelles internationales sont obligatoires, en principe elles ne sont pas impératives : les parties peuvent convenir d'une solution non conforme à la décision³¹. Parmi les affaires qui ont fait l'objet de difficultés d'exécution, celle des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua (Nicaragua c. États-Unis)* illustre la possible paralysie du Conseil de sécurité : les États-Unis, forts de leur pouvoir de veto au Conseil de sécurité, ont pu paralyser la mise en œuvre de l'article 94 § 2 de la Charte des Nations unies, pourtant sollicité par le Nicaragua en ce qui concerne l'arrêt du 27 juin 1986³².

En troisième lieu, le caractère systématique du suivi ne garantit pas que les cas d'inexécution soient faciles à quantifier. Le suivi de l'exécution des arrêts de la Cour EDH en est l'illustration. En 2018, 6 151 affaires étaient pendantes devant le Comité des Ministres chargé du suivi de l'exécution³³, dont 675 depuis plus de cinq ans³⁴. Il s'agit d'un chiffre significatif par rapport à celui des arrêts rendus par la Cour depuis sa création en 1959 (21 651)³⁵. Cependant, toutes ces affaires ne font pas l'objet d'inexécutions, car il faut tenir compte du délai de traitement par le Comité des Ministres³⁶, notamment en raison de problèmes dans l'échange des informations pertinentes avec les autorités nationales et du caractère répétitif de plusieurs affaires³⁷. Il reste que dans plusieurs affaires le Comité des Ministres est confronté à de véritables inexécutions, qui correspondent souvent à des difficultés politiques. Ces difficultés sont souvent liées aux enjeux politiques des arrêts concernés, qu'il s'agisse de questions de politique interne (parmi les affaires les plus célèbres, *OAO Neftanaya Kompania Yukos c. Russie*, *Navalnyy et Ofitserov c. Russie* et *Pichugin c. Russie*) ou touchant aux relations interétatiques (les affaires concernant la Transnistrie³⁸, *Chiragov c. Arménie* ou *Sargsyan c. Azerbaïdjan*). Par ailleurs, l'inexécution des arrêts de la Cour EDH peut aussi être liée à des difficultés systémiques d'exécution des décisions des juridictions internes, comme dans l'arrêt pilote *Burmych et autres c. Ukraine* du 12 octobre 2017.

Le suivi de l'exécution des arrêts de la Cour IADH illustre une autre difficulté en vue de la quantification des inexécutions. L'inexécution est constituée dès qu'au moins une des mesures de satisfaction prévues dans le dispositif de la décision concernée n'est pas mise en œuvre. Fin 2017, 208 affaires faisaient l'objet d'un suivi de l'exécution concernant 1 140 mesures, alors que seulement

30 Sur l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant))*, voir *infra*, note 56.

31 C. SANTULLI, *op. cit.* note 3, p. 507.

32 A. PILLEPICH, *op. cit.* note 21, p. 1996.

33 Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, *Surveillance de l'exécution des arrêts et décisions de la Cour européenne des droits de l'homme 2018. 12^e rapport annuel*, <<https://rm.coe.int/rapport-annuel-2018/168093f41a>>, p. 55, 61, 62 et 65.

34 *Ibid.*, p. 75-76.

35 Cour EDH, *La CEDH en faits et chiffres 2018* : <https://www.echr.coe.int/Documents/Facts_Figures_2018_FRA.pdf>, p. 5.

36 Les méthodes de travail du Comité des Ministres ont été modifiées dans le cadre du processus d'Interlaken commencé en 2019, notamment pour accélérer le traitement des affaires pendantes (pour un résumé, Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, *12^e rapport annuel*, *cit.* note 32, p. 12-14). L'évaluation globale du Comité des Ministres sur la mise en œuvre du processus est attendue pour la fin de l'année 2019.

37 Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, *12^e rapport annuel*, *cit.* note 32, p. 13-14 et 18.

38 *Les principaux arrêts de cette catégorie sont les suivants : Catan et autres c. Moldova et Russie*, 19 octobre 2012 ; *Mozzer et autres c. Moldova et Russie*, 23 février 2016 ; *Sandu et autres c. Moldova et Russie*, 17 juillet 2018. La Cour a établi que la Russie a le contrôle effectif de la région et a méconnu ses obligations au titre de la Convention EDH (quant à la Moldova, dans ces affaires elle a respecté ses obligations positives, contrairement à l'arrêt *Ilascu c. Moldova et Russie* du 8 juillet 2004). Jusqu'à présent, la Russie n'a ni payé les sommes prévues au titre de la satisfaction équitable ni adopté des mesures générales.

31 affaires avaient été closes³⁹. Cependant, les décisions de la Cour se caractérisent par la variété des mesures de satisfaction (*restitutio in integrum*, réhabilitation, satisfaction, garantie de non-répétition, compensation, obligation d'enquêter, de poursuivre et de punir, *etc.*)⁴⁰. Dans certaines affaires, seulement une de ces mesures n'a pas été exécutée, si bien que l'analyse de l'étendue globale de l'inexécution des décisions de la Cour nécessite une étude empirique plus détaillée⁴¹.

Enfin, la situation d'inexécution peut évoluer dans le temps. Certaines inexécutions se cristallisent pendant plusieurs décennies. Par exemple, dans l'affaire *El Amparo c. Venezuela*, la Cour IADH a certifié dès 2002 l'inexécution de l'arrêt du 14 septembre 1996⁴². Cependant, pour déterminer le nombre total d'inexécution à une certaine date, il n'est pas suffisant d'additionner les constats d'inexécution établis par le passé, car certaines inexécutions peuvent avoir cessé entre-temps. La saga du droit de vote des détenus au Royaume-Uni en est l'illustration : en décembre 2017, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a constaté la mise en conformité avec l'arrêt *Hirst (n° 2) c. Royaume-Uni* du 6 octobre 2005 et ceux qui l'ont suivi⁴³. Parmi les arrêts de la CIJ, l'affaire du *Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie)*, qui avait donné lieu notamment à un arrêt sur le fond le 9 avril 1949 et à un arrêt sur la réparation le 15 décembre 1949, n'a été réglée qu'en 1992 par un accord entre le Royaume-Uni et l'Albanie⁴⁴. Quant à l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*, elle a été rayée du rôle de la CIJ en 1991 avec l'accord des deux parties, avant que la Cour ne se prononce sur la réparation⁴⁵.

Si l'identification de tous les cas d'inexécution de décisions juridictionnelles internationales n'est pas aisée, la détermination des causes ne l'est pas davantage.

B. Expliquer l'inexécution

En théorie et en sociologie des relations internationales, les tentatives d'expliquer les causes de l'(in)exécution des obligations internationales ne manquent pas, en particulier dans le cadre des *compliance theories* anglo-saxonnes⁴⁶. Selon une opinion très répandue, le choix de l'exécution ou de l'inexécution des obligations internationales est fait de manière intéressée, sur la base des intérêts de puissance du défendeur, des effets sur sa réputation ou de ses préférences⁴⁷. Cela suppose nécessairement que des organisations complexes (comme les États) peuvent être appréhendées comme centres d'imputation d'une volonté rationnelle et unique⁴⁸.

39 Cour IADH, *Annual report 2018*, <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/informe2018/ingles.pdf>>, p. 65 et 90-92. Sur le suivi de l'exécution des arrêts de la Cour IADH en général, p. 65-92.

40 L. SEMINARA, *Les effets des arrêts de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2009, 475 p.

41 Pour une base de données, voir *The Inter-American Court of Human Rights Project* (<<https://iachr.lls.edu/>>). Parmi les études empiriques à ce sujet, D. A. GONZALEZ-SALZBERG, « Do States comply with the compulsory judgments of the Inter-American Court of Human Rights ? An empirical study of the compliance with 330 measures of reparation », *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, 2014, p. 93-114.

42 *El Amparo c. Venezuela*, résolution du 28 novembre 2002.

43 Comité des Ministres, 1302^e réunion, 5-7 décembre 2017 (DH), CM/Notes/1302/H46-39. Les nouvelles normes britanniques permettent aux détenus placés en liberté conditionnelle et à ceux qui bénéficient d'une liberté conditionnelle de participer aux scrutins.

44 A. HAMANN, *op. cit.* note 1, p. 47-48.

45 Ordonnance du président de la Cour, 26 septembre 1991, Rec. CIJ p. 47. Sur le contexte politique, US Library of Congress, « Nicaragua. Relations with the United States », <<http://countrystudies.us/nicaragua/58.htm>>.

46 A. HAMANN, *op. cit.* note 1, p. 22-37.

47 *Ibid.*, p. 29-37.

48 D'autres approches de l'étude des relations internationales sont possibles, notamment dans le cadre du constructivisme (D. BATTISTELLA, *Théorie des relations internationales*, 5^e éd., Presses de Sciences Po, 2015, p. 313-347). De plus, toute analyse semble impossible en l'absence d'une

L'hypothèse de la rationalité du choix de l'inexécution implique l'analyse des coûts et des bénéfices de ce choix⁴⁹. Dans le contentieux indemnitaire, l'un des bénéfices recherchés est évident : le refus de supporter les lourdes conséquences financières d'une condamnation. La saga *Yukos* est emblématique à cet égard : la Russie, condamnée à verser à la compagnie Yukos et à ses actionnaires des indemnités de 1,8 milliard par la Cour EDH et de 50 milliards par un tribunal arbitral⁵⁰, s'oppose catégoriquement à l'exécution de ces arrêts et sentences⁵¹. De manière plus générale, le contentieux (de la reconnaissance et) de l'exécution des sentences arbitrales en matière d'investissement est assez développé devant les juridictions étatiques⁵², ce qui démontre que plusieurs États défendeurs ne manquent pas de se prévaloir des moyens de défense dont ils disposent, au premier chef desquels l'immunité d'exécution.

Quant aux coûts de l'inexécution, l'absence ou la paralysie de mécanismes de suivi peut conforter le choix de l'inexécution. Par-delà l'affaire des *Affaires militaires et paramilitaires au Nicaragua*, emblématique à ce sujet, certaines sentences arbitrales interétatiques connaissent des difficultés d'exécution intéressantes à cet égard. C'est ainsi que la Chine refuse la mise en œuvre de la sentence relative au Mer de Chine méridionale⁵³ et que la Croatie refuse la mise en œuvre de la sentence relative au différend territorial et maritime qui l'oppose à la Slovénie⁵⁴. Dans les deux cas, comme dans l'affaire des *Affaires militaires et paramilitaires au Nicaragua*, les difficultés d'exécution ne sont pas étonnantes au vu du déroulement de la procédure. Dans chacune de ces affaires, le défendeur avait contesté la compétence de l'organe juridictionnel et, au moins à partir d'un certain moment, s'était abstenu de participer à la procédure. Cette situation, assurément délicate sur le plan politique, n'empêche pas la juridiction de régler le différend, mais constitue un obstacle majeur à l'exécution.

L'existence et même la juridictionnalisation des mécanismes de suivi ne suffisent pas toujours à élever de manière déterminante les coûts de l'inexécution. Par exemple, les arrêts de la Cour IADH ne sont pas exécutés systématiquement, malgré le suivi juridictionnel dont ils font l'objet⁵⁵. On peut même se demander si le choix de plusieurs États de ne pas exécuter certains arrêts ne semble pas être sans lien avec le souhait de réagir à l'audace de la jurisprudence de la Cour quant au choix des mesures de satisfaction et quant au contrôle de l'exécution des arrêts. Il est vrai que l'Assemblée générale de l'Organisation des États américains n'a jamais critiqué la jurisprudence de la Cour relative au suivi de ses arrêts, mais elle est restée passive face aux indications des situations d'inexécution⁵⁶.

extériorisation de la volonté de l'acteur concerné.

49 Pour une étude de cas, D. KOSAŘ, J. PETROV, « *Determinants of Compliance Difficulties among 'Good Compliers' : Implementation of International Human Rights Rulings in the Czech Republic* », *European Journal of International Law*, 2018, p. 397-425.

50 Cour EDH, *AO Neftyanaya Kompaniya Yukos c. Russie*, arrêts du 20 septembre 2011 et du 31 juillet 2014 ; Cour permanente d'arbitrage, *Hulley Enterprises Limited c. Russie*, aff. n° 2005-03 ; *Yukos Universal Limited c. Russie*, aff. n° 2005-04 ; *Veteran Petroleum Limited c. Russie*, aff. n° 2005-05, sentences du 18 juillet 2014. D'autres actionnaires de la société Yukos ont agi dans d'autres cadres procéduraux.

51 Les sentences ont été annulées par un arrêt du 20 avril 2016 du Tribunal de première instance de La Haye. La procédure d'appel est en cours devant la Cour d'appel de La Haye (un premier arrêt a été rendu le 25 septembre 2018 ; ces documents sont disponibles sur <<https://www.italaw.com/cases/1175>>).

52 Par exemple, pour les nombreux rebondissements relatifs à l'exécution des sentences de l'affaire *Yukos c. Russie*, voir les documents disponibles sur <<https://www.italaw.com/cases/1175>>.

53 Cour permanente d'arbitrage, *Arbitrage relatif à la mer de Chine méridionale (Philippines c. République populaire de Chine)*, aff. n° 2013-19, sentence du 12 juillet 2016.

54 Cour permanente d'arbitrage, *Croatie c. Slovénie*, aff. n° 2012-04, sentence du 29 juin 2017. Un recours en manquement a été introduit par la Slovénie devant la Cour de justice de l'Union européenne le 13 juillet 2018 (C-457/18, JO C 399 du 5 novembre 2018, p. 19).

55 Voir *supra*, note 38.

56 L. HENNEBEL, H. TIGROUDJA, *op. cit.* note 23, p. 1451. Selon l'article 65 de la Convention IADH, la Cour doit indiquer « les cas où un État n'aura pas exécuté ses arrêts ». En 2018, cette procédure concernait 14 affaires (Cour IADH, *Annual report 2018*, *cit.* note 38, p. 89-90).

Si l'hypothèse de la rationalité du choix de l'inexécution est difficile à contredire, dans certains cas l'hypothèse de l'unité de la volonté ayant déterminé l'inexécution est à relativiser. Selon les relations entre organes constitutionnels au sein d'un État, l'exécution de certaines décisions juridictionnelles internationales peut être soutenue par l'un mais entravée par l'autre. Cette dialectique peut s'instaurer entre l'exécutif et le législateur, d'une part, et les juridictions internes, d'autre part. Ainsi, concernant l'arrêt rendu le 3 février 2012 par la CIJ dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant))*, le gouvernement et le parlement italiens ont entamé l'exécution, que la Cour constitutionnelle, suivie ensuite par les juridictions judiciaires, a largement empêché⁵⁷. Dans d'autres cas, un rapport de force peut s'instaurer au sein de l'exécutif, par exemple en raison du rôle du Ministère de la justice en matière de représentation devant les juridictions internationales et d'exécution des décisions juridictionnelles internationales. Tel est le cas de la Russie en ce qui concerne la Cour EDH⁵⁸.

En définitive, il n'est pas simple de rendre compte de manière systématique des causes de l'inexécution des décisions juridictionnelles internationales. Généralement, on est en présence de simples arguments, exprimés par tel ou tel organe, qui visent à justifier l'inexécution. Parmi ces arguments, plusieurs sont juridiques. S'il peut paraître paradoxal que des normes juridiques soient invoquées pour ne pas se conformer à une décision juridictionnelle, l'inexécution est rarement revendiquée en tant que violation du droit. Certes, dans l'argumentation relative au respect du droit international, des motivations tirées du registre de légitimité sont souvent avancées de manière complémentaire, voire alternative, à celles tirées du registre de la licéité. De surcroît, dans la politique extérieure de certains États, la régulation par la puissance semble avoir une place plus importante que le respect du droit international, et notamment des décisions juridictionnelles internationales⁵⁹. Toutefois, il est rare que l'inexécution des décisions juridictionnelles internationales soit justifiée publiquement par des arguments uniquement politiques. Parmi les arguments juridiques employés au soutien de l'inexécution des décisions juridictionnelles internationales, certains sont particulièrement intéressants car ils sont exprimés par des juridictions internes dans des actes revêtus de l'autorité de chose jugée dans l'ordre juridique interne.

57 En 2013, le législateur italien a adopté la loi n° 5/2013 permettant notamment la révision des jugements internes passés en force de chose jugée incompatibles avec l'arrêt rendu par la CIJ. Par l'arrêt n° 238/14 du 22 octobre 2014, la Cour constitutionnelle italienne a déclaré inconstitutionnelle la disposition concernée (obs. R. RIVIER, *RGDIP*, 2014, p. 970-974). Se rangeant à la Cour constitutionnelle, la Cour de cassation a rejeté la demande de l'Allemagne qui sollicitait la révision d'un arrêt de la Cour de cassation italienne octroyant l'*exequatur* à un jugement civil grec qui condamnait l'Allemagne (Cour de cassation italienne, *République fédérale d'Allemagne c. Région Stereà Ellada*, 6 mai 2015 ; pour un résumé, E. CASTELLARIN, *RGDIP*, 2015, p. 870-871). Toutefois, l'arrêt de la CIJ a été partiellement exécuté en ce qui concerne l'immunité d'exécution. D'une part, le législateur italien a renforcé, par un article de la loi n° 162/14, l'immunité d'exécution des États étrangers sur leurs comptes bancaires en Italie. D'autre part, la Cour de cassation italienne considère que la Villa Vigoni, immeuble de l'État allemand situé près du lac de Côme, ne peut pas faire l'objet de mesures d'exécution forcée (Cour de cassation italienne, *Regione Stereà Ellada c. Allemagne*, 8 juin 2018).

58 D. KURNOSOV, « All Bark and no Bite ? A Domestic Perspective on a Possible Russian Withdrawal from the Council of Europe », *Verfassungsblog*, 24 novembre 2018, <<https://verfassungsblog.de/all-bark-and-no-bite-a-domestic-perspective-on-a-possible-russian-withdrawal-from-the-council-of-europe/>>.

59 Par exemple, reprenant des éléments de langage qui remontent à une longue tradition aux États-Unis (George Washington, Alexander Hamilton, Ronald Reagan), Donald Trump a souvent utilisé le slogan « peace through strength », comme dans la *US National Defense Strategy* pour 2018 (Département de la défense des États-Unis, Summary of the 2018 National Defense Strategy of the United States of America, <<https://dod.defense.gov/Portals/1/Documents/pubs/2018-National-Defense-Strategy-Summary.pdf>>, p. 1).

II. L'inexécution des décisions juridictionnelles internationales résultant de décisions juridictionnelles internes

Invoquer des normes juridiques pour ne pas se conformer à une décision juridictionnelle qui fait application d'autres normes juridiques revient à se poser, sous l'angle de l'inexécution des décisions juridictionnelles internationales, la question des relations entre les normes juridiques concernées, c'est-à-dire des rapports de systèmes. Dans un premier temps, un classement des techniques de limitation des effets des décisions juridictionnelles internationales dans les ordres juridiques internes permettra de démontrer que le phénomène de l'inexécution recouvre une variété de comportements plus ou moins préjudiciables à l'effectivité de ces décisions (A). Dans un second temps, une analyse des motifs juridiques utilisés à l'appui de ces techniques démontrera la porosité entre les considérations juridiques et les considérations extra-juridiques (B).

A. Les techniques de limitation des effets des décisions juridictionnelles internationales

L'exécution des décisions juridictionnelles internationales repose sur des mesures de droit interne. Par conséquent, l'effet des décisions juridictionnelles internationales dans l'ordre juridique interne, notamment devant les juridictions nationales⁶⁰, est décisif pour déterminer l'étendue du pouvoir discrétionnaire des organes législatifs et exécutifs en vue de l'exécution. Conceptuellement, les questions relatives à l'effet des décisions juridictionnelles internationales dans les ordres juridiques internes relèvent de l'application davantage que de l'exécution *stricto sensu* : il s'agit de questions relatives à la reconnaissance de l'applicabilité de ces décisions juridictionnelles à certaines situations, et donc à l'affirmation de leur vocation à se réaliser⁶¹.

La modulation de l'application des décisions juridictionnelles internationales dans les ordres juridiques internes est parfois bénigne, en ce sens qu'elle ne méconnaît pas l'autorité de chose jugée, nécessairement relative et donc limitée notamment aux parties à la procédure internationale⁶². Sans constituer une véritable inexécution, cette modulation limite néanmoins la portée des décisions concernées. L'enjeu est particulièrement significatif en ce qui concerne les systèmes conventionnels qui aboutissent à des décisions juridictionnelles internationales ayant des effets juridiques plus étendus qu'en droit international général, comme les arrêts de la Cour EDH ou de la Cour IADH. Même sans méconnaître l'autorité de chose jugée, le refus des effets des décisions juridictionnelles prévues par la juridiction qui les a adoptées fait obstacle à la pleine effectivité de ces décisions juridictionnelles. *A priori* phénomène binaire (soit elle existe, soit elle n'existe pas), l'inexécution est alors à situer sur une échelle d'intensité.

60 Voir F. M. PALOMBINO, *Gli effetti della sentenza internazionale nei giudizi interni*, Napoli, Ed. Scientifica, 2008, 268 p.

61 Tel est le sens premier du terme « application » (G. CORNU, *op. cit.* note 1, p. 74). Cependant, dans sa deuxième acception, ce terme est synonyme de « mise en œuvre » (*id.*). La distinction entre applicabilité (et donc application) et effets peut être utile dans certains cas, comme en droit de l'Union européenne, mais ne semble pas être pertinente en ce qui concerne les décisions juridictionnelles internationales.

62 C. SANTULLI, *op. cit.* note 3, p. 503-506.

Une première technique de limitation des effets des décisions juridictionnelles internationales consiste à refuser les effets *erga omnes* que certaines décisions juridictionnelles internationales peuvent produire *de facto* ou *de jure*. En particulier, par-delà l'autorité de la chose jugée, les arrêts de la Cour EDH ont autorité de chose interprétée⁶³. Or, l'attitude des juridictions nationales à cet égard est parfois ambiguë. Un exemple concerne l'application du principe *ne bis in idem* entre sanctions administratives et sanctions pénales. Sur cette question, la réception de la jurisprudence de la Cour EDH a soulevé des difficultés tant en France qu'en Italie. Par des techniques différentes, les juridictions internes de ces deux pays s'emploient à maîtriser les effets de l'arrêt *Grande Stevens c. Italie* du 4 mars 2014. La Cour de cassation italienne, se confrontant directement avec cet arrêt dans son raisonnement, s'efforce de démontrer qu'il ne s'applique qu'à un nombre limité de situations⁶⁴. D'ailleurs, cette juridiction considère qu'il lui revient d'apprécier au cas par cas la portée des solutions jurisprudentielles de la Cour de Strasbourg, qui ne peuvent donc pas être généralisées⁶⁵. Les juridictions françaises atteignent un résultat similaire en évitant de se confronter directement avec l'arrêt de la Cour EDH⁶⁶. Dans les deux cas, la portée de l'arrêt est dévitalisée par rapport au raisonnement de la Cour de Strasbourg.

En deuxième lieu, certaines juridictions internes considèrent ne pas pouvoir faire exécuter les décisions juridictionnelles portant sur des normes qui n'ont pas effet direct⁶⁷. Par exemple, cette solution a été adoptée par la Cour suprême des États-Unis en ce qui concerne l'arrêt de la CIJ du 31 mars 2004 dans l'affaire *Avena (Mexique c. États-Unis)*, qui obligeait les États-Unis à permettre le réexamen et de la révision des condamnations pénales d'une cinquantaine de ressortissants mexicains⁶⁸. Il ne s'agit pas d'une solution isolée : elle a été également retenue par les juridictions constitutionnelles de certains pays d'Amérique latine à l'égard d'arrêts de la CIJ ou de la Cour IADH⁶⁹. La Cour de justice de l'Union européenne adopte également cette approche en ce qui concerne les décisions de l'Organe de règlement des différends de l'OMC⁷⁰. De manière générale, cette technique juridique

63 Voir not. *Fabris c. France*, 7 février 2003, § 75 ; C. GIANNPOULOS, *op. cit.*, not. p. 27-37.

64 Cour de cassation italienne, *Unicredit Bank*, 24 mars 2016 (pour un résumé, E. CASTELLARIN, *RGDIP*, 2016, p. 921). Selon l'arrêt *Grande Stevens*, l'article 6 de la Convention EDH ne s'applique pas seulement aux sanctions qualifiées de pénales par l'ordre juridique italien, mais aussi à certaines sanctions administratives au sens de cet ordre.

65 *Mazzucchelli*, 11 mai 2017 (pour un résumé, E. CASTELLARIN, *RGDIP*, 2017, p. 1201).

66 Cass. Crim., n° 15-84.823, 13 septembre 2017, qui écarte en l'application du principe *ne bis in idem* en l'espèce, contrairement à ce qu'il aurait fallu déduire de l'arrêt *Grande Stevens*.

67 La question se pose généralement en termes d'effet direct des normes appliquées par des décisions internationales. En revanche, le débat sur l'éventuel effet direct des décisions juridictionnelles semble avoir une portée plus abstraite. Cependant, ce débat existe en ce qui concerne certains systèmes normatifs. Ainsi, selon la Cour EDH, « la liberté de choix reconnue à l'État quant aux moyens de s'acquitter de son obligation au titre de l'article [46] ne saurait lui permettre de suspendre l'application de la Convention en attendant l'aboutissement d'une [...] réforme » (*Vermeire c. Belgique*, 29 novembre 1991, § 26). Selon certains auteurs, ce *dictum* implique l'effet direct des arrêts de la Cour dans les ordres juridiques des États parties (E. LAMBERT-ABDELGAWAD, *L'exécution des arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, 2^e éd., Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2008, 86 p. p. 8 ; pour une comparaison avec les arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes, E. LAMBERT-ABDELGAWAD, « L'exécution des décisions des juridictions européennes (Cour de justice des Communautés européennes et Cour européenne des droits de l'homme) », *AFDI*, 2006, p. 677-724, p. 683). La Cour semble confirmer cette interprétation, car considère que la Convention est dotée d'effet direct et que l'effet direct s'étend également à sa jurisprudence (*Dumitru Popescu c. Roumanie*, 26 avril 2007, § 103). Néanmoins, la thèse de l'effet direct des arrêts de la Cour est rejetée par d'autres auteurs (C. GIANNPOULOS, *L'autorité de la chose interprétée des arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, Pedone, 2019, p. 42).

68 Cour Suprême des États-Unis, *Medellin c. Texas*, 25 mars 2008, 552 U.S. 491. Sur la jurisprudence interne relative aux arrêts de la CIJ, F. M. PALOMBINO, « Les arrêts de la Cour internationale de Justice devant le juge interne », *AFDI*, 2005, p. 121-139.

69 Tribunal suprême de justice du Venezuela, arrêt n° 1939, 18 décembre 2008, disponible sur <www.tsj.gob.ve> ; Cour suprême du Pérou, arrêt n° 4104-2010, 20 juillet 2012, disponible sur <www.pj.gob.pe> ; Tribunal constitutionnel de la République dominicaine, arrêt n° TC/0168/13, 23 septembre 2013, <www.tribunalconstitucional.gob.do> (obs. A.-C. FORTAS, *RGDIP*, 2014, p. 941-942 et 947-949).

70 TPICE, *Fruchthandelsgesellschaft Chemnitz*, T-254/97, 28 septembre 1999, pt 22 s. ; CJUE, *Van Parys*, C-377/02, 1 mars 2005, point 54 ; *X c. Inspecteur van de Belastingdienst, Y et X BV c. Inspecteur van de Belastingdienst P.*, C-319/10 et 320/10, 10 novembre 2011, pts 36-37 ; Tribunal de l'UE, *Transnational Company "Kazchrome" AO et ENRC Marketing AG c. Conseil*, T-192/08, 25 octobre 2011, pt 36. Des infléchissements se sont

permet de reconnaître aux organes législatifs ou exécutifs étatiques ou de l'Union une large marge d'appréciation dans la conduite des relations internationales, souvent inspirée par des considérations implicites de réciprocité. En dépit du caractère obligatoire des normes et des décisions juridictionnelles internationales, celles-ci deviennent, en raison de leur inexécution, un simple moyen de pression dans le cadre du règlement d'un différend souvent atteint à l'amiable.

De manière plus radicale, dans d'autres cas les juridictions internes considèrent ne pas pouvoir faire exécuter des décisions juridictionnelles concernant des normes internationales qui ne peuvent pas être valablement insérées dans l'ordre juridique interne car incompatibles avec des normes constitutionnelles. Tel est le cas de la Cour constitutionnelle italienne à propos de l'arrêt de la CIJ du 3 février 2012 dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant))*. Par l'arrêt n° 238/2014 du 22 octobre 2014, la Cour constitutionnelle a constaté l'inconstitutionnalité des normes coutumières que la Cour avait appliquées en 2012 et a considéré inconstitutionnelle la loi italienne qui permettait la mise en œuvre de l'arrêt (en l'espèce, par la révision de procès ayant force de chose jugée et ayant condamné l'Allemagne). Certes, cela n'empêche pas de respecter formellement l'autorité de chose jugée de la décision de la CIJ dans l'ordre juridique international. Ainsi, la Cour constitutionnelle a reconnu que l'arrêt de la CIJ du 3 février 2012 opère une détermination du droit coutumier particulièrement qualifiée, qui ne peut subir le contrôle d'aucun organe national⁷¹. Toutefois, la Cour constitutionnelle interdit de mettre en œuvre une bonne partie du dispositif de l'arrêt de la CIJ⁷². Cette technique repose sur l'autonomie de l'ordre juridique interne par rapport à l'ordre juridique international. Elle applique aux décisions juridictionnelles internationales une technique connue depuis l'arrêt dit *Solange I* du *Bundesverfassungsgericht* en ce qui concerne le droit communautaire⁷³, importée par la Cour constitutionnelle italienne dans la théorie des *controlimiti*⁷⁴ et utilisée par la CJCE, à l'égard des résolutions du Conseil de sécurité des Nations unies⁷⁵. Plus récemment, la Cour constitutionnelle russe s'est aussi emparée de ce raisonnement⁷⁶. Depuis 2015, un amendement à la constitution fédérale prévoit explicitement que la Cour constitutionnelle est habilitée à déclarer « non exécutable » les décisions de juridictions internationales au motif de leur incompatibilité avec les « fondements de l'ordre constitutionnel de la Fédération de Russie » et « avec le régime des droits de l'homme instauré par la Constitution de la Fédération de Russie »⁷⁷. Ainsi, le 19 janvier 2017 la Cour constitutionnelle a refusé l'exécution de l'arrêt *Yukos*⁷⁸.

manifestés en matière de défense commerciale : le TPICE a discuté, bien qu'en l'écartant en l'espèce, la pertinence du rapport de l'Organe de règlement des différends dans l'affaire *Linge de lit* sur la question de la réduction à zéro de la marge de dumping (TPICE, *Ritek Corp. et Prodisc Technology Inc. C. Conseil*, T-274/02, 24 octobre 2006, pts 98-100). La CJCE semble reproduire implicitement le raisonnement de ce même rapport (CJUE, *Ikea Wholesale*, C-351/04, pts 53-57).

71 Arrêt n° 238/2014, *cit.* note 56, considérants de droit, § 3.1.

72 Voir cependant, en ce qui concerne l'immunité d'exécution, *supra*, note 56.

73 BVerfGE 37, 271, 29 mai 1974.

74 Jurisprudence constante depuis l'arrêt n° 183/1973, 27 décembre 1973.

75 CJCE, P, *Kadi and Al Barakat International Foundation c. Conseil et Commission*, affaires jointes C-402/05 P et C-415/05, 3 septembre 2008.

76 Arrêt n° 21-II/2015, 14 juillet 2014 ; un résumé en anglais est disponible sur le site de la Cour, <www.ksrf.ru>. Bien que la Cour ne se réfère à aucun arrêt en particulier, selon plusieurs observateurs la saisine de la Cour par 90 députés de la Douma visait à éviter la mise en œuvre de l'arrêt *Yukos c. Russie* de la Cour EDH du 31 juillet 2014 (M. SMIRNOVA, « Russian Constitutional Court Affirms Russian Constitution's Supremacy over ECtHR Decisions », *EJIL : Talk !*, 15 juillet 2015, <www.ejiltalk.org>).

77 Le premier arrêt de la Cour EDH qui a subi ce sort a été l'arrêt *Anchugov et Gladkov c. Russie*, concernant le droit de vote des détenus (Cour constitutionnelle russe, 19 avril 2016).

78 Pour un commentaire, M. TIMOFEYEV, « Money Makes the Court Go Round : The Russian Constitutional Court's Yukos Judgment », *Verfassungsblog*, 26 janvier 2017, <https://verfassungsblog.de/money-makes-the-court-go-round-the-russian-constitutional-courts-yukos-judgment/>.

Les techniques de limitation des effets des décisions juridictionnelles internationales ne sont pas le fruit du hasard, mais s'inscrivent désormais dans un système d'arguments et de normes qui les fondent en droit interne.

B. Les motifs juridiques fondant la limitation des effets des décisions juridictionnelles internationales

Dans toutes les affaires mentionnées, l'ineffectivité voire l'inexécution des décisions juridictionnelles internationales est justifiée par la prétention d'appliquer des normes juridiques et donc de faire de l'inexécution des décisions juridictionnelles internationales un phénomène juridique et non simplement sociologique. Écartée la norme internationale, ce sont des normes de droit interne qui sont préférées. En réalité, dans plusieurs systèmes juridiques, notamment européens, les juridictions nationales retiennent une approche de déférence circonstanciée à l'égard des décisions juridictionnelles internationales, et notamment des plus nombreuses d'entre elles, c'est-à-dire les arrêts de la Cour EDH. L'inapplication est donc sélective. Parmi les critères de l'application ou de l'inapplication des décisions juridictionnelles internationales, certains sont de nature générale et systémique, alors que d'autres sont liées à des incompatibilités ponctuelles.

En premier lieu, l'inapplication totale ou partielle des décisions juridictionnelles internationales peut se fonder sur la préoccupation de distinguer le régime des normes internationales appliquées par les juridictions internationales, d'une part, et le régime de la jurisprudence relative à ces normes, d'autre part. Alors que les premières font l'objet du consentement de l'État au moment de la ratification des conventions internationales pertinentes, la seconde est une création prétorienne⁷⁹. Il s'agit donc de préserver une certaine conception des relations entre pouvoir normatif et pouvoir juridictionnel, à tout le moins lorsque celui-ci est exercé par d'autres juridictions. Cette préoccupation permet d'étayer la limitation des effets *erga omnes* des décisions juridictionnelles internationales. Par exemple, la Cour constitutionnelle italienne a précisé que l'obligation d'interpréter le droit interne de manière conforme à la jurisprudence de la Cour EDH ne s'applique qu'aux arrêts pilotes concernant l'Italie ou à la jurisprudence bien établie⁸⁰. En l'espèce, l'arrêt *Varvara c. Italie*⁸¹ ne refléterait pas la jurisprudence bien établie de la Cour EDH, selon un faisceau d'indices élaboré par la Cour constitutionnelle⁸².

79 Cependant, la jurisprudence peut elle-même être à l'origine d'une pratique étatique (par exemple, R. Janik, « How Many Divisions Does the European Court of Human Rights Have ? Compliance and Legitimacy in Times of Crisis », *Austrian Review of International and European Law*, 2015, p. 125-144).

80 Arrêt n° 49/15, 26 mars 2015 ; pour un résumé, E. Castellarin, *RGDIP*, 2015, p. 830-832. Voir aussi Cour de cassation italienne, *Scandurra*, 6 novembre 2014 : les arrêts pilote ayant pour défendeurs d'autres États ne s'appliquent pas à l'Italie (pour un résumé, E. Castellarin, *RGDIP*, 2015, p. 830-832).

81 29 octobre 2013, sur la qualification d'une sanction comme étant pénale et non administrative.

82 Les indices comprennent la « créativité » par rapport à la jurisprudence précédente, mais aussi le nombre et la solidité des opinions dissidentes, le fait qu'un arrêt a été adopté par une section et non en Grande Chambre, ou encore le fait qu'un arrêt concerne un État dont la situation est considérée comme différente de celle de l'Italie. En ce sens, Cour de cassation italienne, *Almagià*, n° 42458/15, 22 octobre 2015 ; pour un résumé, E. Castellarin, *RGDIP*, 2015, p. 830-832.

De manière générale, l'inapplication totale ou partielle des décisions juridictionnelles internationales se fonde souvent sur la préoccupation d'adapter celles-ci aux besoins des juridictions nationales. Pour ces dernières, il s'agit de ne pas renoncer à ce qu'elles considèrent comme l'essentiel de leurs fonctions, c'est-à-dire la protection d'intérêts qu'elles s'estiment mieux à même d'apprécier. Certaines juridictions, comme la Cour suprême britannique⁸³ et les cours constitutionnelles allemande⁸⁴, italienne⁸⁵ et russe⁸⁶ vont jusqu'à conditionner explicitement la mise en œuvre des arrêts de la CEDH à leur conception des normes fondamentales nationales⁸⁷.

Les incompatibilités entre ordres juridiques qui sont à l'origine de l'inapplication des décisions juridictionnelles internationales peuvent aussi être plus ponctuelles. À ce sujet, les questions relatives à la protection des droits fondamentaux jouent un rôle particulier. Par exemple, dans l'arrêt n° 238/2014 de la Cour constitutionnelle italienne⁸⁸, le refus indirect de la mise en œuvre de l'arrêt de la CIJ résulte du fait que les normes coutumières sur l'immunité des États sont incompatibles avec le droit d'accès au juge reconnu par la constitution italienne. L'invocation des droits fondamentaux pour justifier l'inapplication de décisions juridictionnelles internationales est paradoxale à certains égards : le principe de l'exécution des décisions de justice est lui-même un en droit fondamental et une composante à part entière du droit à un procès équitable⁸⁹. Ce type d'argument présente aussi un certain risque d'instrumentalisation. Ainsi, la Cour constitutionnelle russe laisse entendre que l'inexécution des arrêts Cour EDH vise précisément... à mieux protéger les droits fondamentaux.

Des motifs impérieux d'intérêt général peuvent également faire échec ponctuellement à l'effectivité de décisions de justice internationales. Par exemple, confrontée à un arrêt de la Cour EDH dans une affaire relative aux cotisations aux caisses de retraite de travailleurs italiens expatriés en Suisse, la Cour constitutionnelle italienne a décidé de ne pas suivre la solution adoptée par la Cour de Strasbourg⁹⁰. Invoquant la marge nationale d'appréciation, la Cour constitutionnelle a souligné qu'il lui revient la tâche d'apprécier les motifs impérieux d'intérêt général qui pourraient s'opposer à la solution de la Cour EDH, en l'espèce le maintien de l'équilibre du système de sécurité sociale italien⁹¹. La Cour constitutionnelle conclut à la constitutionnalité des normes litigieuses sur la base d'une technique de mise en balance des droits différente de celle de la Cour de Strasbourg, qui a réitéré par la suite la condamnation de l'Italie dans une autre affaire concernant les mêmes normes⁹².

83 *Manchester City Council c. Pinnock*, 9 février 2011 ; *Moohan et autres c. The Lord Advocate*, 17 décembre 2014.

84 *Görgülü*, 2 BvR 1481/04, 14 octobre 2004, § 62.

85 Arrêt n° 348/2007, 22 octobre 2007, considérants de droit, § 4.7.

86 Arrêt n° 21-II/2015, 14 juillet 2014, *cit.* note 73.

87 Pour une critique, S. Touzé, « Regard critique que l'exécution conditionnelle des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Réciprocité et universalité : sources et régimes du droit international des droits de l'homme : mélanges en l'honneur du professeur Emmanuel Decaux*, Pedone, 2017, p. 761-777.

88 Voir *supra*, note 56.

89 Cour EDH, *Hornsby c. Grèce*, 19 mars 97, § 40.

90 Cour constitutionnelle italienne, arrêt n° 264/2012, 19 novembre 2012, considérants de droit, § 5 ; Cour EDH, *Maggio c. Italie*, 31 mai 2011.

91 Cour constitutionnelle italienne, arrêt n° 264/2012, 19 novembre 2012, considérants de droit, § 5.3.

92 Cour EDH, *Stefanetti c. Italie*, 15 avril 2014.

Comme le démontrent ces affaires, lorsque les juridictions nationales s'érigent en gardiennes de l'ouverture de l'ordre juridique national à l'égard des décisions juridictionnelles internationales, les critères employés à cet effet reposent en partie sur des appréciations subjectives. Néanmoins, loin de manifester la primauté du fait sur le droit, le raisonnement des juridictions internes manifeste un degré élevé de juridisation des relations sociales. Bien qu'il s'agisse avant tout d'un phénomène social, l'inexécution des décisions juridictionnelles internationales s'inscrit souvent dans le cadre du droit. Illustration d'un certain panjuridisme, l'argumentation au soutien de l'inexécution est elle-même juridique et souvent juridictionnelle. La tension entre droit et fait est donc en partie résorbée (et occultée) dans les rapports entre normes juridiques et entre juridictions.

LES PROCÈS FICTIFS, UNE RÉACTION PERTINENTE À L'INAPPLICATION DU DROIT ?

Laura CANALI¹

Résumé

Phénomène curieux et méconnu par le juriste, le procès fictif est pourtant un outil de plus en plus utilisé face à l'inapplication du droit. Tribunal Monsanto, Tribunal mondial sur l'Irak, Tribunal Russel sont autant d'expériences qui permettent d'explorer les causes de la création des tribunaux fictifs ainsi que leurs conséquences dans l'ordre juridique. L'inapplication de certaines règles juridiques interroge et invite à rechercher de nouvelles voies de droit pour une justice restaurative ou reconstructive. Ainsi, l'inapplication de la règle juridique peut ainsi déplacer le foyer de réflexion du droit dans des espaces non traditionnels.

Abstract

Curious phenomenon and unknown to lawyers, the fictitious trial is a tool that is more and more used by civil society. It occurs in reaction to the impotence or inaction of review procedures. Monsanto Tribunal, World Tribunal on Iraq, are the various denominations which may allow one to postulate that the fictitious trial is a ponctual element (created by and for a given fact, or several facts at a given period), while being timeless as well, as it may be illustrated by the Russel Tribunal (Vietnam, Congo, Palestine) or the Permanent People's Tribunal (Tibet, Armenian genocide, Tchernobyl...). The fictitious trial enables one to explore the causes and the consequences of the non-enforcement of law. The non-enforcement of law, and in particular the right to engage in legal proceedings, does not leave one indifferent, but leads the path towards new ways for a restorative and reconstructive justice. The non-enforcement of law may shift the center of creation of law towards non traditional spaces, not less legitimate than any other spaces as they constitute true spaces for public deliberation.

¹ Doctorante, Aix-Marseille Université, Université de Toulon, Université de Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, CERIC, Aix-en-Provence, France.

« Par quel moyen les masses compartimentées par des frontières, parviendraient-elles à s'unir et à imposer aux différents gouvernements une institution qui serait une véritable magistrature populaire ? »². C'est en 1966 que Sartre formulait cette question, lors de l'inauguration du premier procès fictif. Ce faux-tribunal avait alors pour objet de juger les États-Unis pour les crimes commis durant la guerre du Viêt Nam. Au fil des décennies, cette pratique d'assemblées délibératives citoyennes non judiciaires n'a eu de cesse de se développer. À titre d'exemple, le Tribunal permanent des Peuples (TPP) est né en 1979 à Bologne sous l'égide de l'avocat Lelio Basso³. Depuis sa création le TPP a délibéré sur l'inapplication et la violation du droit en Argentine, en Algérie, au Guatemala, en Arménie, au Tibet, ou bien en Inde⁴. La cause environnementale est de plus en plus présente dans les procès citoyens, comme dans le Tribunal international des droits de la nature⁵, le Tribunal international Monsanto⁶ ou plus récemment le TPP relatif à la fracturation hydraulique et les droits humains⁷.

Tribunal permanent des peuples, tribunal d'opinion, citoyen, de conscience : plusieurs dénominations existent⁸. Néanmoins, ils ont tous en commun d'être des simulations judiciaires et visent, en reproduisant le rituel judiciaire⁹, à combler les carences du droit existant. En effet, face aux lacunes de certains mécanismes juridiques et juridictionnels, les victimes et les membres de la société civile se rassemblent. En parallèle des mobilisations politiques plus traditionnelles, la théâtralisation du prétoire sert de vecteur à la construction d'une mobilisation militante faisant une utilisation politique du droit¹⁰. Ainsi, des cours fictives émergent, nées de la seule détermination de la société civile. Ces instances ne relèvent donc ni de l'ordre juridictionnel d'un État, ni ne sont une juridiction mise en place *ad hoc* par une organisation internationale. Ces tribunaux sont chargés d'examiner, selon la méthode judiciaire, les règles de droit applicables à des événements ou des situations problématiques, qui préoccupent et affectent directement des personnes ou des groupes de personnes, ainsi que l'ensemble de la société. Pour rendre compte de ce phénomène, cette contribution retient le terme de procès fictif. En effet, la fiction permet à ce phénomène d'exister sans avoir à s'insérer dans un ordre juridique, ni à justifier d'une quelconque autorité et compétence prévue légalement. Pour cela, cette justice citoyenne et non législative, interroge voire inquiète en ce qu'elle fait ressurgir le spectre d'une justice privée. Déjà en 1967, la nature de ces procès avait soulevé une certaine crainte. Dans une lettre adressée à Sartre, le Général de Gaulle dénonçait le fait que des justiciables puissent s'arroger le droit de rendre la justice. Il écrivait ainsi que « toute justice dans son principe comme

2 J.-P. SARTRE, *Tribunal Russell, Le jugement de Stockholm*, Gallimard, Paris, 1967, p. 28.

3 Voy. la présentation du site dédié à ce tribunal : <http://permanentpeopletribunal.org/>

4 Voy. le site internet pour une présentation des affaires : www.permanentpeopletribunal.org.

5 Voy. le site internet dédié à ce tribunal : <http://www.naturerights.com/blog/?p=1126>.

6 Voy. le site internet dédié à ce tribunal : <http://fr.monsantotribunal.org/>

7 Voy. le site internet dédié à ce tribunal : <https://www.tribunalonfracking.org/wp-content/uploads/2019/04/AO-final-4-12-19.pdf>

8 A. BYRNES, G. SIMM, « International people's tribunals, Their nature, practice and significance » in *Peoples' Tribunals and international law*, A. BYRNES, G. SIMM (dir.), Cambridge University Press, Cambridge, 2018, p. 15.

9 A. GARAPON, *Bien juger, Essai sur le rituel judiciaire*, Odile Jacob, Paris, 2001, 354 p.

10 Voy. en ce sens les travaux en langue française de L. ISRAËL, « Usages militants du droit dans l'arène judiciaire : le cause lawyering », *Droit et société*, 2001/3 (n° 49), p. 793-824, *L'arme du droit*, Les presses de Science Po, Coll. Résister, Paris, 2009, 137 p ; ainsi que ceux en langue anglaise A. SARAT, S. SCHAINGOLD, *Cause lawyering and the State in a Global Era*, Oxford University Press, New York, 2001, 432 p.

dans son exécution n'appartient qu'à l'État »¹¹. La justice est une prérogative étatique, alors que celle rendue par les tribunaux d'opinion est issue de personnes privées. Les procès fictifs ne tirent ainsi aucune légitimité étatique. Hors de toute légitimité juridique, les procès fictifs cherchent à acquérir une légitimité morale par les causes qu'ils défendent. En effet, bien que ces tribunaux soient fictifs, le droit utilisé ne l'est généralement pas. Au contraire, ces procès cherchent à mettre en exergue l'inapplication du droit par les États ainsi que par des personnes privées. Les procès fictifs se confrontent alors au phénomène de violation du droit et au déni de justice. Cette étude a pour intention de nuancer l'approche classique faite du phénomène d'inapplication du droit. L'inapplication du droit ne donne pas forcément lieu à un vide ou à une impasse, mais au contraire déplace les foyers de discussion et de création du droit dans de nouveaux espaces. Le procès fictif, comme champ d'études, permet tout autant d'explorer les causes de l'inapplication de la règle juridique, que de montrer certaines limites structurelles des systèmes juridiques nationaux ou internationaux. Il permet aussi d'appréhender les limites intrinsèques des procès fictifs ainsi que les conséquences que ce phénomène peut avoir sur le droit réel.

Plan de l'étude. Si l'inapplication du droit est l'une des raisons principales conduisant à la formation des procès fictifs (I), ces instances citoyennes apportent une réponse limitée à l'inapplication du droit (II). Toutefois, le dynamisme et la créativité dont font preuve ces procès permettent de dessiner et d'inventer potentiellement le droit de demain (III).

I. Des procès fictifs nés pour partie de l'inapplication du droit

L'inapplication de la norme affecte potentiellement la situation juridique d'une ou plusieurs personnes. Pour que soit rétabli l'équilibre rompu, les individus se tournent vers les juges en exerçant leur droit d'accès à un tribunal. Les juges sont saisis de cet incident dans le fonctionnement du droit et *in fine*, en disant le droit, rendent possible son application. L'intervention du juge permet aux justiciables de réaliser l'application de leurs droits. C'est en se fondant sur cette nécessité de rendre les droits effectifs que de nombreux pays reconnaissent le droit d'accès au juge comme un droit fondamental. Cependant, le droit consacré par les textes n'est pas toujours et partout appliqué. L'étude conduit en premier lieu à envisager l'inapplication du droit comme l'une des causes des procès fictifs (A) et en second lieu à appréhender l'application du droit comme l'objet des procès fictifs (B).

A. La cause des procès fictifs

La notion de cause, retenue ici, fait référence aux raisons qui mènent les procès fictifs à se constituer. Sans pouvoir prétendre à l'exhaustivité, cette étude retient que l'une des causes principales des procès fictifs réside dans l'inapplication du droit. Les tribunaux citoyens considèrent que l'État n'a pas réussi à mettre en œuvre les règles qu'il proclame et a échoué à en assurer l'application par

¹¹ Lettre adressée le 19 avril 1967 par le Général de Gaulle publiée dans *Le Monde* du 25 avril 1967, réponse ouverte dans le *Nouvel Observateur* le 26 avril 1967 de J.-P. SARTRE.

le prononcé de sanctions ou de mesures de réparations satisfaisantes. Il faut alors distinguer les différentes raisons qui conduisent à la création d'un procès fictif. Tout d'abord, la création d'une instance citoyenne s'explique par l'absence d'accès à une juridiction (1). Ensuite, la cause de certains procès fictifs réside, non plus dans l'absence de juridiction à saisir, mais dans les différents obstacles qui surgissent pour un justiciable sur le chemin menant au prétoire (2).

1. *L'absence de juridiction*

L'application du droit est l'acte d'un justiciable qui demande auprès du juge le prononcé d'une sanction à l'encontre de celui qui n'a pas respecté la règle¹². L'application du droit se réalise la plupart du temps de manière non-contentieuse¹³, toutefois le prononcé d'une décision juridictionnelle permet d'appliquer le droit en posant la règle sur les faits. Ainsi, le procès n'a pas pour seule vocation de trancher un litige, il est aussi un instrument d'application puis de concrétisation du droit positif. Le jugement représente pour les justiciables l'un des moments privilégiés où se vérifie et « s'éprouve » la mise en œuvre du droit. La possibilité de saisir un tribunal se doit donc d'être consacrée et préservée. En cela l'accès au juge est un droit fondamental en raison des liens étroits qu'il entretient avec l'accès au droit en général. L'accès au juge est à la fois un instrument et une garantie de la concrétisation des droits. Si le droit n'a pas besoin d'un juge pour être appliqué, les juridictions remplissent un rôle primordial lorsqu'un droit est nié ou tout du moins semble l'être. Le droit d'accès à une juridiction est parfois un préalable indispensable pour l'exercice d'autres droits et libertés. Retirer toute possibilité d'accéder à un juge serait reconnaître la possibilité que certains droits restent inappliqués.

Le droit au recours suppose la capacité effective pour tout individu de faire juger ses prétentions par un tribunal et d'obtenir le respect de ses droits et intérêts légitimes¹⁴. Les instruments internationaux de protection des droits de l'Homme contiennent des dispositions établissant un droit procédural des victimes à un recours effectif devant les tribunaux¹⁵. Cependant, l'inapplication des droits fondamentaux n'est pas un épiphénomène au sein des différents ordres juridiques. En réaction à la violation des droits de l'homme et face à l'absence d'instance juridictionnelle ouverte aux victimes, la société civile se regroupe pour former de faux procès. Ainsi, le Tribunal permanent des Peuples a été saisi une cinquantaine de fois¹⁶ à la suite de diverses violations des droits des peuples, des droits de l'homme, des droits liés à l'environnement. Le TPP a par exemple été sollicité suite aux violations de nombreux droits fondamentaux de la population algérienne et à l'incapacité

12 Y. LEROY, « La notion d'effectivité du droit », *Droit et société*, 2011, n° 79, p. 721.

13 Voy. en ce sens, les réflexions de J. CARBONNIER, *Flexible droit, pour un droit sans rigueur*, Paris, 1999, 9^e éd. LGDJ, Paris, p. 25 : « Il est manifeste que le droit est vécu sans procès par l'immense majorité des individus, que presque toutes les relations juridiques se nouent, se déroulent et se dénouent à l'amiable. C'est pourquoi la sociologie juridique pose quasi en axiome que le contentieux – cette pathologie – est infiniment plus petit que le droit ».

14 S. GUINCHARD, J. VINCENT, *Procédure civile*, Précis Dalloz, Paris, 27^e éd. 2008, p. 17.

15 La déclaration universelle des Droits de l'Homme (article 8) ; le Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 (article 2§ 3) ; la Convention européenne des droits de l'homme (article 13) ; la Convention américaine relative aux droits de l'homme (articles 8 et 25) ; la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (article 7§ 1).

16 Voy. le site internet du TPP : <http://permanentpeopletribunal.org/category/jurisprudence/?lang=en>

pour cette dernière de saisir une juridiction nationale ou internationale¹⁷. En effet, à la sortie de la guerre civile algérienne, le gouvernement a institué une loi d'amnistie en votant la Charte pour la paix et la réconciliation nationale dans le but de mettre un terme à l'affrontement entre islamistes et forces de sécurité¹⁸. L'un des décrets d'application de la Charte dispose en son article 45 qu'

« aucune poursuite ne peut être engagée, à titre individuel ou collectif, à l'encontre des éléments des forces de défense et de sécurité de la République, toutes composantes confondues, pour des actions menées en vue de la protection des personnes et des biens, de la sauvegarde de la Nation et de la préservation des institutions de la République algérienne démocratique et populaire »¹⁹.

Les lois d'amnistie, appelées aussi parfois lois d'impunité, s'opposent au prononcé d'une vérité juridique²⁰. Elles empêchent la tenue d'enquêtes, de traduire en justice et de sanctionner les responsables de violations²¹. Les victimes, privées de recours juridictionnel, ne peuvent ni demander réparation des préjudices subis ni voir prononcer des sanctions contre les coupables. Les procès fictifs vont permettre de contourner ces difficultés.

2. Les obstacles à la saisine des juridictions

Si le droit d'accès à la justice est reconnu au niveau international et national comme un principe constitutif de l'État de droit, la réalité démontre que les justiciables ne peuvent pas toujours se diriger vers les prétoires. En effet, il existe des obstacles extra-juridiques et juridiques empêchant la tenue d'un procès réel.

Tout d'abord, des considérations non juridiques, de nature politique, économique ou sociale, interfèrent dans l'application effective du droit au juge, de sorte qu'elles deviennent des causes directes de l'inapplication du droit. Le facteur le plus important reste l'inégalité d'accès à la justice²². Un rapport des Nations unies sur les droits de l'homme et l'extrême pauvreté souligne que si la justice n'est pas abordable et accessible, les personnes pauvres ou appartenant à des populations marginalisées ne peuvent revendiquer leurs droits ou dénoncer une violation²³. Face à ces inégalités

17 Le Tribunal permanent des peuples a été saisi en juin 2003 par le Comité de justice pour l'Algérie et des ONG algériennes.

18 Charte pour la paix et la réconciliation nationale adoptée par référendum le 29 septembre 2005, Journal officiel de la République Algérienne.

19 Ordonnance n° 2006-01 du 28 Moharram 1427 correspondant au 27 février 2006 portant mise en œuvre de la Charte pour la paix et la réconciliation nationale.

20 J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 6^e éd. 2016, s.v. « Amnistie : terme de droit pénal interne désignant la mesure par laquelle le législateur décide de ne pas poursuivre les auteurs de certaines infractions ou de ne pas appliquer les condamnations prononcées ». Voy. les nombreux travaux sur les lois d'amnisties tels que : C. STAHN, « United Nations Peace-Building, Amnesties and Alternative Forms of Justice : A Change in Practice ? », *RIC*, vol. 84, 2002, spéc. p. 191-195 ; M. PHILIP-GAY, *L'amnistie des dirigeants politiques : contribution à l'étude de la responsabilité en droit constitutionnel comparé et international*, Thèse, Université Jean Moulin – Lyon III, 2005, 794 p. ; R. MAISON, « L'amnistie en droit international », *Les Cahiers de l'Orient*, n° 94, 2009, p. 119-126 ; P. F. SIMON, « La clause d'amnistie dans les traités de paix », *RGDIP*, 1919, p. 245-261 ; Y. NAVQI, « Amnesty for war crimes : Defining the limits of international recognition », *RICR*, vol. 85, n° 851, p. 583-625.

21 Voy. en ce sens les Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire, 60/147 Résolution adoptée par l'Assemblée générale le 16 décembre 2005.

22 C. KOURILSKY-AUGEVEN, « Images et usages du droit chez les gens ordinaires : US, Europe, Russie », *Droit et Cultures*, n° 43, 2002, p. 7-207.

23 Rapport de la Rapporteuse spéciale sur les droits de l'homme et l'extrême pauvreté, en application de la résolution 17/13 du Conseil des droits de l'homme, document A/67/278, août 2012.

sociales, certains justiciables sont dans l'incapacité d'intenter une action en justice. Par exemple, les agriculteurs victimes de puissantes sociétés agroalimentaires, comme Monsanto, qu'ils soient du Burkina Faso, du Bangladesh, de Colombie, de France ou d'Argentine, ne possèdent pas toujours les armes financières, sociales, psychologiques et culturelles pour attirer devant les tribunaux nationaux des sociétés multinationales au poids économique considérable. La difficulté pour certaines victimes de saisir un juge étatique favorise le sentiment d'injustice et de défiance envers la justice.

Les obstacles d'ordre juridique expliquent également la création de faux-tribunaux. Certains principes du droit international public neutralisent directement l'application des dispositions relatives aux droits d'accès à un tribunal. Par exemple, le principe d'immunité de juridiction institue une exemption qui permet aux États d'échapper à la compétence des tribunaux étrangers²⁴. Le phénomène d'inapplication concerne certains domaines en particulier, comme le droit humanitaire et des droits de l'homme en temps de conflits armés. Depuis 1945, la Charte des Nations unies prohibe le recours à la force par un État. Cette règle est également un principe coutumier du droit international public²⁵. Si les recours illégaux à la force subsistent, seul un petit nombre a fait l'objet d'une saisine de la Cour internationale de Justice²⁶. L'impossibilité pour les victimes dans ces situations de faire garantir le respect de leurs droits fondamentaux a souvent eu pour conséquence la création de procès fictifs²⁷.

En ce sens, le TPP a été saisi concernant la violation du droit international et du droit humanitaire international par la République de Turquie à l'encontre du peuple kurde²⁸. L'avis du tribunal souligne que de nombreuses affaires ont été présentées à la Cour européenne des Droits de l'Homme sans grand résultat. De plus, la Turquie n'ayant pas signé le Statut de Rome elle est à l'abri de toute saisine internationale²⁹. Face aux difficultés pour les victimes de trouver un tribunal international ou national qui pourrait exercer sa compétence sur ces crimes, le Tribunal permanent des peuples applique le droit international à l'instar des juridictions réelles.

Ensuite, les obstacles à l'accès aux juges existent également lorsque les victimes cherchent à engager la responsabilité des personnes privées, telle que les entreprises multinationales. Les régimes normatifs dans lesquels évoluent les entreprises transnationales favorisent les pratiques de *law shopping*, qui leur permettent de choisir les systèmes et corpus juridiques les plus favorables aux développements de leurs activités. À titre d'exemple, certains contrats internationaux d'investissement³⁰ signés par de grands groupes permettent de neutraliser les droits fondamentaux par des

24 J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, Bruxelles, 6^e éd. 2016, s.v. « Immunité de juridiction ».

25 Charte des Nations-Unies, 2(4), 51 ; Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (CIJ, Nicaragua c. États-Unis d'Amérique, 26 nov.1984)

26 À titre d'exemple on pourra citer : Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (CIJ, Nicaragua c. États-Unis d'Amérique, 26 nov.1984) ; Plates-formes pétrolières (CIJ, République Islamique d'Iran c. États-Unis, 6 nov.2003) ; Affaire de l'incident aérien du 10 août 1999 (CIJ, Pakistan v. Inde, 21 juin 2000). Voy. en doctrine G. LE FLOCH « Le principe de l'interdiction du recours à la force a-t-il encore valeur positive ? », *Droits et Cultures*, 2009, p. 49-76.

27 Voy. en ce sens le Tribunal Russel sur le Vietnam 1967, le Tribunal mondial sur l'Irak 2003, le Tribunal Permanent des peuples Afghanistan 2004, TTP Nicaragua 1984, TPP Yougoslavie 1982, TPP Timor Oriental 1981.

28 TPP, Avis consultatif, Session sur les allégations de violation du droit international et du droit humanitaire international par la République de Turquie à l'encontre de peuple Kurde, Paris, 15-16 mars 2018.

29 *Ibid.*, p. 7.

30 Dans son rapport du 22 avril 2009 sur les entreprises et les droits de l'homme, le Représentant spécial du Secrétaire Général notait que « l'expérience récente montre que certaines dispositions contractuelles peuvent limiter de façon indue l'aptitude du pays hôte à réaliser ses objectifs légitimes de politique publique, y compris le respect de ses obligations internationales en matière de droits de l'homme. Usant de la menace d'un

clauses de stabilisation³¹. L'application du droit en est *de facto* impactée, l'État ne respectant plus certaines de ses obligations au seul motif qu'elles ont été édictées postérieurement à la signature du contrat. Sur le plan procédural, le développement du contentieux transnational relatif à la responsabilité des entreprises et de leurs filiales pour violation des droits de l'homme est un parcours sinueux pour les requérants. Les difficultés rencontrées par les victimes pour obtenir réparation dans l'État où les actes dommageables ont été commis sont nombreuses. La présomption contre le caractère extraterritorial des lois, l'application de la doctrine du *forum non conveniens*³² ou encore la responsabilité limitée de la société mère du fait de la non imputabilité directe des activités de sa filiale³³ sont des règles juridiques qui limitent la tenue d'un procès. Face à cette situation de fait, les procès fictifs soulignent l'impératif de rééquilibrage entre le droit international des droits de l'homme et les devoirs des entreprises³⁴. Ce phénomène novateur outrepassé ainsi la logique selon laquelle les entreprises ne peuvent engager leur responsabilité n'étant pas des sujets de droit international public.

Les procès fictifs mettent en exergue l'existence d'une « schizophrénie » juridique, qui d'un côté proclame des droits individuels à accéder à une juridiction et qui, concomitamment, permet aux États ou à des entités privées d'échapper au contrôle juridictionnel et donc d'agir en inapplication des droits. Face à la difficile, voire impossible, conciliation de droits divergents, les victimes se détournent des canaux institutionnels menant à la justice étatique. La création d'un faux prétoire, privilégiant l'application des droits fondamentaux, devient pour les justiciables une « issue de secours ». Si, l'inapplication du droit est l'une des causes de la constitution des procès fictifs, l'application du droit devient en parallèle l'objet principal des procès fictifs.

B. L'objet des procès fictifs

Comme l'écrivait Sartre lors de son discours inaugural du procès Russel, le tribunal d'opinion est « issu d'un vide et d'un appel »³⁵. Les procès fictifs soulignent à la fois le vide laissé par un droit inappliqué et appellent à ne pas appliquer certains droits existants. L'objet de ces instances populaires est double : elles tentent d'appliquer un droit estimé inappliqué (1) et contestent certaines normes juridiques en les laissant inappliquées (2).

recours à l'arbitrage international contraignant, un investisseur étranger peut en effet parvenir à mettre son entreprise à l'abri des lois ou règles nouvelles, ou chercher à obtenir du Gouvernement une contrepartie s'il accepte de s'y plier » ; J. RUGGIE, « Les entreprises et les droits de l'homme : vers une traduction opérationnelle du cadre « Protéger, respecter et réparer » : A /HCR/11/13, 22 avril 2009, § 30.

31 J. SALMON, *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, Bruxelles, 2016, s.v. « Clause de stabilisation » : Une clause de stabilisation peut être définie comme une clause insérée dans des contrats d'investissement ou de développement entre un État et un investisseur privé, en vertu de laquelle le droit applicable au contrat est fixé à la date de la conclusion de contrat, limitant ainsi l'exercice par l'État de sa compétence législative ou réglementaire à l'égard du contrat en question. Le but de la clause est de neutraliser les incidences qu'un changement ultérieur de législations ou de réglementations pourrait avoir sur le contrat ». Voy. en doctrine C. TITI, « Les clauses de stabilisation dans les contrats d'investissement : une entrave au pouvoir normatif de l'État d'accueil ? », *Journal du droit international Clunet*, n° 2, avril 2014, p. 541.

32 P. BLAIR, « The doctrine of *forum non conveniens* in Anglo-American Law », *Columbia Law Review*, 1929, p. 29.

33 R. C. DROUIN, « Le développement du contentieux à l'encontre des entreprises transnationales : quel rôle pour le devoir de vigilance ? » *Droit social*, 2016, p. 247.

34 Voy. en ce sens le procès fictif TPP relatif à l'industrie agrochimique transnationale qui s'est tenue à Bangalore les 3 et 6 décembre.

35 J.-P. SARTRE, *Tribunal Russell, Le jugement de Stockholm*, Paris, Gallimard, 1967, p. 28.

1. *L'application du droit existant*

Le premier objet des procès fictifs est d'examiner, selon la méthode judiciaire, les règles de droit applicables aux situations soumises à ces instances citoyennes. Les procès fictifs remplissent alors le vide laissé par les juridictions étatiques dans l'application de la norme générale aux cas particuliers. Récemment, le Tribunal Monsanto a examiné l'impact des activités de cette société sur le droit de l'environnement et les droits de l'homme³⁶. Il s'est prononcé en avril 2017 sur la non-conformité de la conduite de l'entreprise au regard des principes et des règles de droit international³⁷. Au sein de ce tribunal, les plaidoiries ont principalement soulevé l'inapplication du droit à l'alimentation reconnu à l'article 11 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, ainsi qu'à la libre recherche scientifique contenue à l'article 15(3), et aux articles 24 § 2 et 27 § 3 de la Convention relative aux droits de l'enfant. Dans son avis consultatif, le tribunal rappelle que les dispositions contenues dans ces traités ne sont pas contraignantes pour les entreprises et s'imposent seulement aux États parties. L'inapplication des normes internationales n'émane donc pas de la société Monsanto, mais des États. Nonobstant cette configuration du droit international public, les juges du tribunal fictif Monsanto soutiennent que ce droit à destination des États peut s'appliquer aux entreprises. En effet, ces conventions établissent selon eux « des normes et valeurs relatives aux droits de l'homme et constituent par conséquent des points de repère normatifs permettant d'évaluer le comportement des entreprises »³⁸. Il s'agit ainsi d'une application horizontale indirecte des droits fondamentaux par les juges du procès Monsanto³⁹.

Les procès fictifs s'attachent aussi à souligner l'inapplication du droit par les États en temps de conflits. Ainsi, suite à la guerre en Irak en 2003, un tribunal d'opinion a été constitué. Né sous l'impulsion des mouvements pacifistes et de la Fondation Russel, le tribunal a tenu sa dernière session à Istanbul en juin 2005⁴⁰. Il a analysé le comportement des individus et des gouvernements formant la coalition, mais aussi celui du Conseil de sécurité au regard du crime de guerre (article 8 du Statut de la CPI), du crime contre l'humanité (article 7 du Statut de la CPI) et du crime d'agression (article 5 du Statut de la CPI). Le tribunal a conclu que la configuration interétatique du droit international fait peser sur l'application des droits de l'homme des difficultés qui nuisent incontestablement à leur réalisation⁴¹.

36 Voy. en doctrine l'article de C. LE BRIS, « La société civile, juge des droits de l'homme : à propos du Tribunal International Monsanto », *Annuaire canadien de droit international*, vol. 55, 2018, p. 215-247.

37 Tribunal International Monsanto, 17 avril 2017, avis consultatif disponible : http://fr.monsantotribunal.org/upload/asset_cache/180671266.pdf.

38 *Ibid.*, p. 11.

39 Propos tenus par la juge F. TULKENS, lors de son intervention « L'expérience de la Présidente du Tribunal International Monsanto », durant le séminaire organisé par C. Cournil, C. Le Bris, C. Perruso, G. Prete, Retour d'expériences, les tribunaux environnementaux d'opinion : du politique et droit ?, Paris, le 10 octobre 2017.

40 Voy. le site dédié : <https://www.iraqtribunal.org/>, Voy. en doctrine, E. Lambert-Abdelgawed, « Prolifération des tribunaux parallèles pour la dénonciation des crimes internationaux, quelle leçon pour la justice ? » *RSC*, 2006, p. 170.

41 Declaration of jury of conscience worl tribunal on Iraq, Istanbul 23-27 June 2005, *Feminist Review*, n° 81, 2005, p. 95-102.

2. *La contestation du droit existant*

Dans l'enceinte de ce forum d'échange atypique, les « juges », en plus d'appliquer le droit existant, délibèrent sur les normes juridiques. Ils réfléchissent à la portée et la légitimité des règles qui structurent la société. Le procès citoyen est le « lieu d'une mise à l'épreuve des valeurs que le droit protège comme de celles qu'il met en discussion »⁴². L'analyse amène ici à constater que les procès fictifs ne se contentent pas d'appliquer le droit. Ils contestent certains droits existants et écartent leur application dans l'enceinte de ce faux forum juridictionnel. Récemment, le Tribunal international Monsanto a contesté l'application du droit des investissements internationaux et du droit du commerce international. Ils dénoncent, par exemple, l'existence dans les traités bilatéraux d'investissements, de clauses de stabilisation qui ont pour effet de geler le droit national de l'État pour l'investisseur étranger⁴³. Le droit en vigueur donne la possibilité aux grandes entreprises transnationales d'opérer en toute impunité dans les pays du Sud comme du Nord. Ainsi, le Tribunal a jugé que les accords commerciaux et d'investissement ainsi que le droit de l'Organisation mondiale du commerce ont institué un cadre juridique qui accorde des protections unilatérales aux activités des grandes entreprises, mais qui ne leur impose que trop peu d'obligations. Par conséquent, le tribunal revendique l'inapplication des droits qui favorisent la protection des seuls intérêts de Monsanto⁴⁴.

Les procès fictifs ne font pas seulement état d'un droit inappliqué, ils contestent, en parallèle l'application de certains droits. Ils acquièrent de la légitimité grâce aux causes qu'ils défendent, mais ne peuvent nullement mettre en avant une légitimité juridique. En effet, les limites de ces cours fictives sont importantes. L'existence de certaines apories ne permet pas aux procès fictifs d'apporter une réponse efficiente à l'inapplication du droit.

II. Les procès fictifs : une réponse limitée à l'inapplication du droit

Les procès fictifs ne peuvent remplacer l'autorité de la justice régulière, ils ne peuvent à eux seuls combler les carences d'une inapplication du droit. En effet, les limites sont claires, et le fictif ne saurait rattraper le réel. La réponse à l'inapplication du droit par les procès fictifs est incomplète du fait des limites processuelles (A) ainsi que substantielles des procès de ce phénomène (B).

A. Les limites processuelles

La genèse des procès fictifs est fondée sur l'idée de justice. Pourtant, ces derniers peinent à appliquer les règles fondamentales qui structurent le procès. En effet, ces instances fictives rendent une justice qui ne respecte pas les règles procédurales (1), les principes directeurs du procès (2) ainsi que les règles de création d'un tribunal (3).

42 S. RIALS et D. ALLAND, *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, coll. Grands colloques, Paris, 2003, s.v. « procès ».

43 C. TITI, « Les clauses de stabilisation dans les contrats d'investissement : une entrave au pouvoir normatif de l'État d'accueil ? », *Journal du droit international (Clunet)*, n° 2, avril 2014, p. 541.

44 Avis consultatif du Tribunal International Monsanto, 17 avril 2017, La Haye, p. 10.

1. *Le non-respect des règles procédurales*

Les règles procédurales sont impératives dans tout procès. Les justiciables ne sauraient écarter ou aménager l'application de dispositions procédurales. Alors que les procès fictifs cherchent à faire appliquer le droit, ils écartent cependant délibérément certaines règles du droit procédural.

Tout d'abord, en matière de prescription, les procès fictifs ne fixent aucune limite temporelle à leur saisine. L'article 5 du Statut de TPP stipule que la compétence du tribunal « is not subject to temporal limitations for the past nor for the future »⁴⁵. De plus, le droit positif a toujours maintenu une stricte condition d'intérêt à agir pour qu'une requête soit jugée recevable. Par exemple, aux termes de l'article 31 du code de procédure civile, « l'action n'est ouverte qu'à ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention ». Les règles gouvernant l'ouverture du procès et plus précisément les conditions de recevabilité exigée par le pouvoir législatif pour accéder au juge font l'objet d'une appréhension très souple dans les procès fictifs. En effet, il n'existe aucune barrière en lien avec la recevabilité pour juger de la violation des droits, peu importe l'intérêt à agir de la victime. Le statut du Tribunal permanent des peuples, en son article 12, permet « à tout gouvernement, toute organisation internationale, gouvernementale ou non gouvernementale, un mouvement de libération nationale, un groupe politique, un syndicat ou un groupe de particuliers »⁴⁶ de former une requête devant lui. Cette recevabilité élargie permet à la victime de saisir les tribunaux fictifs, alors qu'elle ne peut obtenir de place auprès de la justice réelle. Cette recevabilité étendue dessine les contours d'une action ouverte au plus grand nombre. En effet, dans les procès réels, toutes les parties doivent justifier de la titularité du droit d'agir. Cette qualité peut résulter d'une qualité accordée expressément par la loi ou bien elle sera conditionnée par la démonstration d'un intérêt à l'existence de l'action en justice. Les procès fictifs, en parallèle d'accorder un intérêt à agir très souple, envisage la qualité à agir dans la perspective de *l'actio popularis*. Ainsi, l'attribution d'une qualité à agir à n'importe quel citoyen indépendamment de tout intérêt personnel direct caractérise la manière dont les procès fictifs envisagent la notion de qualité à agir.

Enfin, les procès fictifs ne suivent pas les règles traditionnellement posées relatives à la compétence juridictionnelle. La compétence est l'aptitude d'une juridiction à trancher un litige, au regard de la nature de l'affaire, on parle alors de compétence *ratione materiae*, ainsi qu'au regard de la situation géographique du litige, entendue comme compétence *ratione loci* ou *personae*. Lorsque les questions juridiques concernent des relations entre différentes personnes placées dans des pays différents, le lieu approprié pour entendre et trancher le différend est déterminé successivement par la règle du conflit de juridictions et de loi. Cependant, les procès fictifs s'écartent de ces considérations et ne respectent pas les règles relatives à la compétence des juridictions. Les procès fictifs se veulent un forum *necessitatis*. Face à des situations qu'ils considèrent comme constitutives de déni de justice, les procès fictifs développent des chefs de compétence internationale subsidiaire. Bien qu'illustrant un

⁴⁵ Statut du tribunal permanent des peuples de 2019 disponible sur : http://permanentpeopletribunal.org/wp-content/uploads/2019/05/Statute-of-the-PPT_ENG_FINAL.pdf.

⁴⁶ *Ibid.*

mouvement général de prise en compte des violations des droits humains par certaines entreprises transnationales et certains États, les procès fictifs endossent une compétence qui n'est pas reconnue légalement et que les juridictions réelles pourraient parfois exercer.

2. *Le non-respect des principes directeurs du procès*

Le droit à procès équitable⁴⁷, qui constitue de nos jours le socle des recours et procédures juridictionnelles, est un droit inappliqué par les procès fictifs. Ses principales manifestations que sont le droit à un tribunal indépendant et impartial, le droit à un procès soucieux du respect de l'égalité des armes ainsi que le droit à l'exécution effective de la décision obtenue, sont absentes des procès fictifs. La décision du juge n'est en effet légitime qu'au terme du respect d'une procédure préalablement définie et acceptée par les parties. Le jugement juridictionnel tire en partie sa légitimité, car il est rendu au terme d'une procédure codifiée⁴⁸. Les procès fictifs sont en proie à des écarts notables quant aux exigences traditionnelles d'impartialité des juges (a) et du respect du contradictoire (b).

a. *Le manque d'impartialité des juges*

Certains procès fictifs qui se sont tenus dans le passé ont clairement revendiqué leur indépendance et impartialité. Ainsi, par exemple, le jugement du tribunal d'opinion à la suite de la détention de mineurs par l'État belge, mentionne que

« l'indépendance et l'impartialité du tribunal d'opinion ne peuvent être mises en doute dans la mesure où, même s'il ne relève pas de l'ordre judiciaire, ses membres sont des personnalités sans aucun lien avec l'un ou l'autre parti politique et ont été choisies en fonction de leurs compétences en matière de droits humains »⁴⁹.

Cependant, on peut douter du respect par ces instances du principe d'impartialité consacré dans les textes internationaux⁵⁰ ou nationaux⁵¹. Le principe d'impartialité impose au juge de ne pas être partisan d'une cause lorsqu'il rend le jugement, il ne doit pas prendre parti⁵². Ainsi, « la vertu d'impartialité souligne la responsabilité du juge qui s'efforce de suspendre ses préjugés pour s'ouvrir au cas singulier à juger. C'est donc aussi la condition d'un jugement éclairé »⁵³. Pour H. Arendt, le juge est spectateur, il doit rester en retrait par rapport à l'action, et c'est bien cette distance qui lui accorde la possibilité de percevoir un sens aux événements qui échappent aux acteurs⁵⁴. Or, dans la

47 Le droit au procès équitable est proclamé à l'article 14 du pacte international sur les droits civils et politiques, ainsi que l'article 6§ 1 de la Convention européenne des droits de l'homme.

48 N. LUHMAN, *La légitimation par la procédure*, Cerf, Presses universitaire de Laval, Laval, 2001, 247 p.

49 Jugement du tribunal fictif belge, « L'État belge condamné par un tribunal d'opinion pour la détention d'enfants étrangers », *Journal du droit des jeunes*, 2008/2 (N° 272), p. 20.

50 Voy. en ce sens art. 6§ 1 CEDH, Art. 47 Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 14 § 1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

51 Cons. const., déc. n° 96-373 DC, JO 13 avr., p. 5724.

52 A. GARAPON, J. ALLARD, F. GROS, *Les vertus du juge*, Dalloz, Paris, 2008, p. 36.

53 *Ibidem*.

54 H. ARENDT, *La crise de la culture*, Gallimard, Paris, 1989, p. 290.

quasi-totalité des procès fictifs⁵⁵, la mission politique de ces instances est clairement revendiquée. Ils ne veulent pas seulement dire le droit, mais « établir un nouvel ordre mondial »⁵⁶. Par exemple, le Tribunal international sur les droits de la nature affiche clairement son caractère militant et souhaite changer de paradigme et promouvoir la reconnaissance de droits subjectifs à la nature⁵⁷. La dimension politique des procès fictifs ne peut être niée. Comme l'écrit F. Carpentier, les tribunaux citoyens sont des tribunes « employés dans le cadre d'une démarche militante, pour porter un projet de réappropriation de la norme par la société civile »⁵⁸. La partialité ainsi caractérisée des procès fictifs témoigne d'une lacune sérieuse de garantie processuelle.

b. Le non-respect du principe du contradictoire

La Cour européenne des droits de l'homme considère le principe du contradictoire comme l'un des éléments de l'équité du procès. En France, la contradiction est considérée comme un principe essentiel du procès⁵⁹. Le principe du contradictoire définit l'affrontement entre deux parties « dans leurs intérêts contradictoires et dans leur vision divergente des faits et de la solution qu'ils appellent pour que la justice en résulte, de cette seule confrontation »⁶⁰. Les parties doivent donc toujours être placées dans une situation qui ne désavantage aucune d'entre elles. C'est à la lumière de la confrontation des versions et des preuves que le juge pourra qualifier les faits et dire le droit⁶¹. Comme le souligne M.-A. Frison Roche, « c'est la plénitude de cette discussion entre les parties sous l'égide du juge qui permettra à ce dernier de statuer, en donnant une solution raisonnable et conforme aux règles de droit applicables »⁶². Or, le contradictoire est absent dans les procès fictifs, le jugement étant rendu par défaut. Les personnes, groupes et États accusés ne reconnaissent pas la compétence de ces cours. Les défendeurs ne sont pas représentés (ou refusent de se présenter à l'audience), aucun débat ne peut ainsi naître entre les parties. Pourtant, la possibilité pour une partie d'être informée du procès et de débattre grâce à la connaissance des éléments du dossier est l'un des piliers du principe du contradictoire. À la suite de l'avis rendu par le tribunal, l'entreprise Monsanto déclarait que

« cet événement a été orchestré par un groupe restreint d'opposants à Monsanto et aux technologies agricoles qui se sont érigés en organisateurs, juges et parties. Ce tribunal a nié l'existence des preuves scientifiques et des décisions de justice sur plusieurs sujets pour émettre des conclusions prédéterminées⁶³. »

55 Cela est moins le cas pour le Tribunal Monsanto qui a appliqué rigoureusement une stricte séparation entre le comité organisateur et les juges.

56 E. LAMBERT-ABDELGAWALD, *op. cit.* p. 176.

57 Voir le site web du Tribunal international des droits de la nature : <http://www.naturerights.com/blog/?p=1126>.

58 F. CARPENTIER, « Du tribunal Russel-Sartre au tribunal Monsanto : une justice fictionnelle pour penser le droit au-delà des États », *Revue française de droit constitutionnel*, 2017/4, n° 112, pp. 834.

59 Cons. Const., DC n° 85-142, 13 nov. 1985.

60 M.-A. FRISON-ROCHE, « 2+1 = La procédure », in W. BARANÈS, M.-A. FRISON-ROCHE, *op. cit.* p. 196.

61 *Ibid.* p. 202.

62 *Ibid.* p. 201.

63 Déclaration de Monsanto relative à l'avis consultatif du « Tribunal Monsanto », (www.monsantoglobal.com/global/fr/actualites/Pages/Lettre_ouverte_concernant_le_Tribunal_Monsanto.aspx).

Parodie de justice⁶⁴, en l'absence de garanties processuelles, les procès fictifs ne peuvent être considérés comme des lieux où s'appliquent les règles procédurales. Pourtant, le tribunal Monsanto n'est pas le seul procès fictif à avoir mis en avant le caractère contradictoire de la procédure retenue. En effet, le TPP relatif à la guerre d'Algérie affirme « qu'il examine, publiquement et contradictoirement, les cas de violations des droits de l'homme et des peuples »⁶⁵. De la même manière, la session du TPP sur les violations du droit international et du droit humanitaire par la République de Turquie à l'encontre du peuple kurde considère respecter les droits de la défense adverse et énonce que « l'ouverture de la procédure et l'acte final d'accusation ont été notifiés par courrier recommandé à l'ambassade de la partie accusée à Paris, accompagné de la demande d'exercer, selon la modalité de son choix, son droit à la défense »⁶⁶.

3. *Le non-respect des règles relatives à la création des juridictions*

La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme a tenté d'apporter une définition de la notion de tribunal. Bien que le texte de la Convention ne fasse pas mention du terme de juridiction, il affirme cependant le droit de toute personne à ce que sa cause soit entendue par un tribunal⁶⁷. La jurisprudence de la cour a alors défini la notion de tribunal de manière fonctionnelle comme un organe dont le rôle est de « trancher, sur la base de normes de droit et à l'issue d'une procédure organisée, toute question relevant de sa compétence »⁶⁸. Pour la Cour, un tribunal se caractérise au sens matériel par son rôle juridictionnel. Cependant, quand bien même un organe remplirait au sens matériel toutes les exigences posées par la Convention pour le qualifier de tribunal, il n'en deviendrait vraiment un que lorsqu'il est établi par la loi⁶⁹. Seule la loi peut créer des juridictions⁷⁰ et bien qu'il existe une justice arbitrale celle-ci est encadrée par la loi, imposant le respect de certaines règles et principes procéduraux et subordonnant l'exécution forcée des sentences au contrôle par une juridiction étatique. La fonction judiciaire doit donc être reliée à l'autorité étatique et l'action de rendre la justice est communément pensée comme un des attributs de la souveraineté étatique⁷¹. Les juridictions sont donc instituées et contrôlées par la puissance publique d'un État, car elles ont pour mission, au-delà de trancher les litiges entre particuliers et de dire le droit, d'assurer la paix civile dans le respect des lois.

64 Propos tenus par Monsanto : « Pour information : une parodie de procès détourne l'attention de discussions essentielles sur les besoins en alimentation et en agriculture du monde entier, ainsi que la pleine mise en œuvre des droits de l'homme » (voir l'adresse mentionnée à la note précédente).

65 TPP sur les violations des droits de l'homme en Algérie (1992-2004), 32^e session du Tribunal permanent des peuples, 5 et 8 novembre 2004, p. 7.

66 Jugement de la session du TPP sur les allégations de violations du droit international et du droit humanitaire international par la République de Turquie et ses responsables à l'encontre du peuple kurde et de ses organisation, Paris, le 15-16 mars 2018, p. 2.

67 Art. 6§ 1 CEDH.

68 CEDH, *Sramek c. Autriche*, 22 octobre 1984, n° 8790/79.

69 CEDH, *Affaire Lavents c. Lettonie*, 28 novembre 2002, requête n° 58442/00 ; CEDH, *Affaire Savino et autres c. Italie*, 28 avril 2009, requête n° 17214/05, 42113/04 et 20329/05.

70 Constitution 1958, art. 34 ; Cons. Const. 18 juill. 1961, déc. 61-14 L.

71 L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, Thémis Droit, PUF, 2010, Paris, p. 105.

Malgré l'adage « nul ne peut se faire justice à soi-même », les mécanismes de justice privée existent encore, et ce malgré le fait que ce type de justice soit communément associée aux sociétés préjuridiques dans lesquelles les institutions du droit et du politique n'étaient pas dissociées⁷². La pratique des procès fictifs pose la délicate question de l'existence d'une justice hors de l'État. La pratique des procès fictifs renforce l'idée que le droit pourrait exister en dehors de l'État et cela « malgré ses prétentions totalisantes et sa recherche de l'exclusivité, l'ordre juridique étatique ne parvient jamais à ramener à lui et à condenser l'intégralité des phénomènes juridiques »⁷³. Les procès fictifs forgent en parallèle de l'État, une justice concurrente rendue par l'opinion publique. Il peut être alors contre-productif pour l'application réelle du droit de s'habituer au « spectacle de pseudo-procès »⁷⁴. Cela pourrait à terme nuire à la légitimité des tribunaux réels.

Pour conclure, en plus du non-respect des règles procédurales et des principes directeurs du procès, les procès fictifs demeurent une réponse parcellaire à l'inapplication du droit, car les avis ou jugements rendus dans les arènes citoyennes ne s'inscriront pas dans la réalité juridique.

B. Les limites substantielles

En plus des limites procédurales, les procès fictifs connaissent des limites substantielles. En effet, les jugements rendus, privés de force obligatoire, ne peuvent s'inscrire dans l'ordonnement juridique (1). Dépourvues d'effets juridiques, les conclusions des tribunaux fictifs ne pourront alors offrir aucune réparation juridique aux victimes (2).

1. L'absence de force obligatoire

Traditionnellement, on distingue trois éléments constitutifs du procès que sont l'élément d'altérité (deux parties), l'élément d'autorité (intervention d'un tiers susceptible de trancher le différend et auquel on reconnaît la légitimité) et l'élément de pouvoir (recours à la force publique en cas d'inexécution du jugement)⁷⁵. Comme évoqué précédemment, l'élément d'altérité fait défaut dans les procès fictifs, l'une des parties n'est pas représentée lors de l'instance. L'élément d'autorité ainsi que l'élément de pouvoir ne sont pas non plus présents dans les procès fictifs. En effet, le pouvoir dont est investi le juge de dire le droit (*juridictio*) et de commander une solution (*imperium*⁷⁶) ne peut exister dans les procès fictifs : la force et l'influence des avis et jugements rendus reposent seulement sur la légitimité des causes défendues, et « c'est ensuite au peuple, au lecteur qu'il appartient en approuvant le jugement de contribuer à sa légitimation »⁷⁷. Les décisions rendues par les procès fictifs sont dépourvues de force obligatoire. Ainsi, au regard de la problématique de l'inapplication

72 D. ALLAND, S. RIALS (dirs.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Paris, 2003, s.v. « Justice privée ».

73 J. CAILLOSE, « Peut-on penser la justice en dehors de l'État ? » in L. Cadet, L. Richer (dir.), *Réforme de la justice, réforme de l'État*, PUF, Paris, 2003, p. 320.

74 CEDH, *Affaire Wormc. Autriche*, 29 août 1997, n° 22714/93, cité par F. Carpentier, op. cit.

75 D. ALLAND, S. RIALS (dirs.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, s.v. « Procès ».

76 Dans sa plus large acception, la notion d'*imperium* désigne « l'ensemble des pouvoirs qui ont leur principe dans la détention d'une fraction de puissance publique », voy. Cornu (G.), dir., *Vocabulaire juridique*, s.v. « imperium ».

77 J.-P. SARTRE, « Discours inaugural du Tribunal Russel », *Le jugement de Stockholm*, Paris, Gallimard, p. 10.

du droit, les décisions rendues par les procès fictifs ne permettent pas de rendre les droits invoqués effectifs. Un tribunal, pour être qualifié comme tel, doit rendre des décisions exécutoires, le cas échéant avec l'aide de la force publique.

Consciente de cette limite, les tribunaux fictifs communiquent sur l'absence de force exécutoire de leur jugement et mettent en avant leur force symbolique du prononcé de la condamnation à l'issue des procès fictifs. Ainsi, le TPP sur les violations en Algérie note dans son avis

« que la seule sanction qu'il peut préconiser est une sanction morale qui fait appel aux sentiments les plus élémentaires d'humanité, à ce substrat éthico-émotionnel commun à tout être humain au-delà des différences de civilisation, et qui fait ressentir comme insupportables certaines atteintes à la dignité de la personne, quel que soit la culture, les traditions, l'histoire de chacun⁷⁸. »

2. L'absence de réparation

Les procès fictifs incarnent la correction souhaitée à l'inapplication du droit, mais ne constituent pas une réparation juridique effective. En dénonçant les conséquences du droit inappliqué sans pour autant pouvoir y remédier, ces instances fictives apportent une réponse incomplète et parcellaire au droit violé. En effet, ces instances ne peuvent prétendre être une réponse durable et efficace à l'inapplication du droit. À l'issue du procès, les auteurs des violations demeurent impunis et aucune réparation n'est accordée aux victimes. Les procès fictifs ne peuvent donc servir de palliatif pour sanctionner le droit inappliqué. Pourtant, les procès fictifs systématisent malgré eux cette corrélation entre violation légale et sanction morale. Il convient donc de questionner les risques entraînés par la corrélation entre droit violé et sanction morale. La sanction fictive de la violation de droits fondamentaux n'est-elle pas à l'origine dans l'imaginaire collectif du sentiment que ces droits peuvent être sanctionnés de façon suffisante en dehors du droit positif ? Si cette sanction n'est pas suivie d'une réaction dans le droit en vigueur alors ne viendrait-on pas normaliser un rapport « droit réel violé – sanction fictive attribuée » ? De ce point de vue, les procès fictifs deviendraient alors contre-productifs. *A fortiori* le risque est que la force obligatoire de certaines normes apparaisse comme une option.

Malgré l'absence de réparation juridique, l'un des objectifs des organisateurs est de donner aux victimes la possibilité de s'exprimer dans un espace d'écoute et de reconnaissance, à défaut pour ces dernières de le trouver au sein des institutions judiciaires classiques. Même si la réparation matérielle demeure essentielle, l'importance d'une réparation psychologique est primordiale pour les procès fictifs⁷⁹. Ces derniers, en donnant à voir et à entendre les préjudices subis des victimes,

78 TPP, Session relative à la violation des droits de l'homme en Algérie (1992-2004), 8 novembre 2004, p. 7.

79 Propos d'une victime lors des audiences du tribunal international sur les crimes de guerre contre les femmes et l'esclavage sexuel de l'armée japonaise : « *Nous sommes venues ici pour dire la vérité. Nous sommes venues ici pour obtenir justice !* » p. 9 ; R. NISHINO, « Le tribunal d'opinion de Tôkyô pour les "femmes de réconfort" », *Droit et cultures*, 58, 2009-2, mis en ligne le 06 juillet 2010, consulté le 09 mai 2017. URL : <http://droitcultures.revues.org/2079>.

deviennent des réceptacles de la « justice dite restaurative »⁸⁰. Ils ne mettent pas en avant la punition du coupable, mais veulent engager un processus de réhabilitation des victimes. Ces juridictions ne sont pas compétentes pour imposer des sanctions ou des mesures de réparations en nature ou pécuniaires. Néanmoins, le travail de qualification des violations, de clarification des dommages et de reconnaissance de la non-application du droit permet aux victimes de témoigner et de « se délivrer du mépris et de la honte »⁸¹. Si les tribunaux d'opinion ne remplissent pas les critères d'une justice étatique, ils sont, comme les procès officiels, « une cérémonie de reconstruction du lien social »⁸². De manière analogue aux commissions-vérité et réconciliation⁸³, ils donnent aux victimes un lieu « de vérité, de forum pour s'exprimer et de reconnaissance des actes commis »⁸⁴. La juge Tulkens⁸⁵, présidente du Tribunal Monsanto, soulignait l'importance des témoignages et précisait à la clôture des audiences qu'à côté « des experts de savoir », il existe « des experts de vie » que les tribunaux devraient prendre en compte plus systématiquement.

De plus, le constat de la violation d'une norme même par une fausse instance juridictionnelle est déjà une mesure de réparation. En effet, le droit international de la responsabilité des États reconnaît comme conséquence coutumière du fait internationalement illicite la garantie de non-répétition⁸⁶. La garantie de non-répétition de l'illicite est constituée d'excuses ou d'une reconnaissance publique de responsabilité, mais également du simple constat de la violation du droit⁸⁷. Cette mesure de réparation non pécuniaire est traditionnellement usitée comme moyen subsidiaire ou accessoire à la suite des autres moyens classiques de réparation en droit international⁸⁸. Il s'agit d'une mesure de réparation axée sur la prévention⁸⁹. Dans le cadre des procès fictifs, le droit n'est pas appliqué, mais au moins il n'est pas méconnu. Mieux encore, le prononcé public de l'inapplication suscite l'indignation. Cette diffusion publique permet un éveil des consciences face à l'injustice. Pour W. Baranès et M.-A. Frison-Roche « l'injustice joue le rôle du révélateur, de l'expérience par laquelle la conscience d'une justice, ici bafouée advient. L'injustice est le premier pas vers la justice »⁹⁰. Les procès fictifs

80 « La fonction principale de la réaction sociale à la criminalité n'est ni de punir, ni de rééduquer, ni de traiter mais de promouvoir la réparation des torts causés par le délit. Ceci est la justice réparatrice », Déclaration de Louvain sur la pertinence de promouvoir l'approche réparatrice pour contrer la criminalité juvénile, Leuven, 1997. Voy. le Rapport justice restauratrice, mai 2007, Conseil National de l'aide aux victimes, p. 2.

81 R. NISHINO, « Le tribunal d'opinion de Tôkyô pour les femmes de réconfort », *Droit et cultures*, 58, 2009-2, mis en ligne le 06 juillet 2010, consulté le 09 mai 2017.

82 D. ALLAND, S. RIALS (dirs.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Paris, 2003, s.v. « Procès ».

83 Les commissions vérité et réconciliation (CVR) sont des commissions non juridiques mises en place après des périodes de conflits politiques, des guerres civiles, ou des régimes dictatoriaux. Ces commissions élaborées dans le cadre de la justice dite transitionnelle, cherchent avant tout la réconciliation nationale. Ces commissions qui souvent enquêtent sur la violation des droits de l'homme, ne prononcent pas de jugement mais aident les sociétés, les groupes, les personnes traumatisés par la violence à faire face à leur passé et à construire un avenir commun. Sur le thème des CRV voir : A. DU TOIT, « La commission Vérité et Réconciliation sud-africaine. Histoire locale et responsabilité face au monde », *Politique africaine* 2003/4 (N° 92), p. 97-116 ; G. COURTOIS, « Le pardon et la "Commission Vérité et Réconciliation" », *Droit et cultures* 50 |2005-2 ; E. GUEMATCHA, *Les commission vérité et les violations des droits de l'Homme et du droit humanitaire*, Pedone, Paris, 2014, 628 p.

84 E. LAMBERT-ABDELGAWAD, « La prolifération de tribunaux parallèles pour la dénonciation des crimes internationaux, quelle leçon de justice ? », *RSC*, 2006, p. 170.

85 F. TULKENS, ancienne présidente de la Cour européenne des droits de l'homme, propos tenus lors de la clôture du Tribunal Monsanto, le 16 octobre à la Haye. Vidéo disponible sur : <https://vimeo.com/channels/mtfr/page:6>.

86 J. CRAWFORD, *Les articles de la CDI sur la responsabilité de l'État. Introduction, texte et commentaire*, Pedone, Paris, 2003, p. 236-239.

87 H. TIGROUDJA, « La satisfaction et les garanties de non-répétition de l'illicite dans le contentieux interaméricain des droits de l'homme », in E. LAMBERT, K. MARTIN-CHENUT, (dirs.), *Réparer les violations graves et massives des droits de l'homme : La Cour interaméricaine, pionnière ou modèle ?*, Société de législation comparée, Paris, 2010, p. 69-89.

88 *Ibid.*

89 J. CRAWFORD, *op. cit.*, p. 236 § 9.

90 W. BARANÈS, M.-A. FRISON-ROCHE, *La Justice. L'obligation impossible*, Éditions Autrement, Paris, 1994, p. 15.

établissent ainsi un cadre de solidarité et de résistance citoyenne internationale, de mobilisation et de revendication en faveur de l'application de la règle⁹¹. La mise en scène de l'inapplication du droit par les procès fictifs correspond dès lors à une menace, à un poids pesant sur les gouvernements. M. Malloney souligne que la doctrine qualifie cette diffusion comme créant de la pression sur les États pour plus de transparence et *d'accountability*⁹². Selon Sartre, l'objectif de ces tribunaux est de contraindre l'État à « renonce(r) à un comportement contraire au droit international, non sous la menace d'une coercition internationale, mais sous la pression de son opinion publique interne »⁹³. Les États encourent donc une véritable sanction morale⁹⁴.

L'inapplication du droit, rendue visible, inquiète également les entreprises. Celles-ci sont même durement impactées par la tenue d'un procès fictif, notamment au regard de leur réputation. P. Cailleba définit le risque de réputation comme « tout événement susceptible d'avoir un impact, au travers de la réputation de l'entreprise, sur son résultat net ou sur sa capitalisation boursière »⁹⁵. Le risque réputationnel ne se limite donc pas à l'image. Ce dernier est dès lors perçu comme un « méta-risque », car il s'ajoute à tous les autres risques susceptibles de survenir (naturels, juridiques, financiers...)⁹⁶. La diffusion de l'avis consultatif d'un tribunal fictif agit bien souvent comme un catalyseur du risque réputationnel. L'inapplication du droit rendue publique par un acteur privé peut avoir pour conséquence une perte de crédibilité et de confiance en l'entreprise. Cette mauvaise publicité, diffusée par les instances fictives, a pour effet d'affecter les résultats des firmes. La constitution d'un procès fictif pourrait devenir un instrument pour dissuader une inapplication ultérieure du droit. Une fois la crise passée, les engagements pris par la firme se dissipent parfois et l'évolution espérée n'a pas lieu⁹⁷. Ainsi bien que le cours de l'action Bayer ait chuté à la suite des procès réels intentés contre Monsanto au sujet du Round up⁹⁸, Monsanto n'en a pas pour autant arrêté de produire et de vendre le Round up dans les pays dans lesquels la vente n'est pas interdite.

Les limites tant processuelles que matérielles des procès fictifs ne doivent pas être sous-estimées. Confrontés à leurs propres limites, les tribunaux d'opinion ne peuvent être considérés comme des instances adéquates à l'inapplication du droit. Nonobstant, ces procès fictifs deviennent des lieux de discussion et de réflexion du droit futur. L'inapplication du droit permet ainsi l'émergence de nouvelles forces « créatrices et imaginantes du droit »⁹⁹ en dehors du système juridique.

91 A. BRYNES, G. SIMM. « Peoples' tribunals, international law and the use of force » in *UNSW Law Journal* Volume 36(2) (2013) p. 724.

92 M. MALLONEY, « Building an alternative jurisprudence for earth : the international rights of nature tribunal » in *Australian Earth Laws Alliance*, Vermont Law Review Vol 41 :129, 2016, p. 141.

93 C. LOMBOIS, *Droit pénal international*, Dalloz, Paris, (1971), p. 83 et suivantes.

94 F. BUISSON, et F. PAULHAN, « La sanction morale » *Revue Philosophique de la France et de l'étranger*, Volume 37, 01/1984, Paris, p. 113 : La sanction morale peut être définie comme « la conscience d'être ou de ne pas être dans l'état normal, dans le plaisir ou la peine du bon ou du mauvais fonctionnement de la vie soit dans la personne, soit dans la société produisant dans l'être individuel ou collectif, augmentation ou diminution de l'action vitale » :

95 P.CAILLEBA, « L'entreprise face au risque de réputation », in *Annales des Mines – Responsabilité et environnement* 2009/3 (N° 55), p. 12.

96 *Ibid.* p. 14.

97 N. BOUVIER, A.-E. KORMANN-ESMEL, « Du tribunal pénal au tribunal de l'opinion, apprendre à gérer la communication de crise » in *AJ Pénal Dalloz*, 2012, p. 28.

98 L. BURGER, C. MALLEBAY-VACQUEUR, « Bayer : dit lourdement affecté par les procès sur le Roundup », *Zonebourse*, 11 avril 2019.

99 M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit, Le relatif et l'universel*, Seuil, Paris, 2004, 450 p.

III. Les procès fictifs, jalon d'une future application du droit

Les procès fictifs ne peuvent constituer une réponse adéquate et pertinente à l'inapplication du droit. En effet, le recours au mimétisme judiciaire n'est pas un élément suffisant justifiant l'attribution des caractéristiques des procès réels. En ce sens, les procès fictifs devraient être appréhendés comme un processus extra-juridique, qui invite et favorise une application future du droit par les instances juridiques traditionnelles. Les procès fictifs ont comme effet de diffuser le droit existant (A) et de mener une réflexion sur le droit de demain (B).

A. La diffusion de la connaissance du droit

Les procès fictifs parce que transnationaux et pluridisciplinaires « intensifient les savoirs, la pensée juridique, sa mobilité, mais également certainement le droit et sa production »¹⁰⁰. Le tribunal fictif devient une tribune de diffusion du droit (1) et de médiatisation des violations commises par les États et les entreprises (2).

1. *Le rôle des procès fictifs dans la diffusion du droit*

En parallèle des universités, des revues, ou encore des tribunaux, les procès fictifs deviennent de nouveaux espaces de diffusion du droit. Cette justice de substitution par la discussion et la délibération des problèmes juridiques communs est devenue un lieu où l'espace public se constitue. Les procès fictifs se situent dans une sphère intermédiaire entre la société civile et l'État¹⁰¹ et permettent l'expression d'une opinion publique. Les procès fictifs cherchent à exposer, par un recours privilégié aux médias, le droit tel qu'il est et tel qu'il pourrait être¹⁰². Fort de l'évolution de la société face à la mondialisation, ils outrepassent le cadre strictement national, en étant tous des espaces publics mondialisés. C. Le Bris souligne en évoquant le Tribunal Monsanto que « l'un des buts de cet avis est surtout de sensibiliser l'opinion publique aux pratiques d'entreprises telles que Monsanto et de mettre en exergue leurs conséquences sur les droits de l'homme »¹⁰³.

L'inapplication du droit peut provenir d'une absence de connaissance des règles juridiques. L'un des objectifs des procès fictifs est alors de diffuser largement le droit tel qu'il devrait être appliqué. Il s'agit donc d'une promotion du droit qui n'est pas limitée à faire valoir l'existence de la règle, mais réclame sa réelle effectivité¹⁰⁴. En filigrane, l'argument soutenu est que la diffusion de l'inapplication du droit par les procès fictifs sert à la prévention d'une inapplication ultérieure. En ce sens, le Préambule du statut du Tribunal permanent des peuples prévoit d'

100 L. FONTAINE, *Qu'est-ce qu'un grand juriste, Essai sur les juristes et la pensée juridique moderne*, Lextenso, Paris, 2012, p. 38.

101 J. HABERMAS, *Archéologie de la publicité comme dimension constitutive de la société bourgeoise*, Thèse de doctorat, Payot, Paris, 1962, 324 p.

102 F. CARPENTIER, « Du tribunal Russel-Sartre au tribunal Monsanto : une justice fictionnelle pour penser le droit au-delà des États », *Revue française de droit constitutionnel*, 2017/4, n° 112, p. 821-844.

103 C. LE BRIS, « La société civile, juge des droits de l'homme : à propos du Tribunal international Monsanto », *The Canadian Yearbook of international law*, vol. 55, 2017, p. 31.

104 M. GOURCUFF, « La mission de promotion et de diffusion des droits de l'homme en France par les autorités administratives indépendantes » in V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Pédagogie et droits de l'homme*, Presses Universitaire de Paris Nanterre, (2014), édition en ligne § 9 (<http://books.openedition.org/pupo/3831?format=toc>).

« assurer l'effectivité des règles élaborées par la communauté internationale [...] [de] créer des structures qui soient en mesure d'attirer l'attention des gouvernements, des mouvements politiques et syndicaux et de l'opinion publique mondiale sur les violations graves et systématiques des droits des peuples et en relation avec ces violations, celles des droits des minorités et des individus »¹⁰⁵.

En outre, l'article 20 du statut prévoit la communication des décisions du tribunal au Secrétariat de l'ONU, aux organisations internationales compétentes, aux gouvernements et à la presse¹⁰⁶. Tous les éléments sont donc réunis afin que les acteurs responsables de la création et l'application du droit puissent être dûment informés. La diffusion du droit conduit alors à une réception par certaines institutions internationales, comme l'illustre la pratique de l'Agence internationale de l'énergie atomique, qui a sollicité le rapport des auditions suite à la session du Tribunal d'opinion sur la catastrophe de Tchernobyl¹⁰⁷.

Ainsi, on remarque que les réflexions menées dans ces instances fictives circulent vers les instances juridiques réelles. Le Tribunal Russell sur le Viet Nam a promu comme droit nouveau la responsabilité pénale des chefs d'États, la création de crimes de guerre et de crime contre l'humanité. Le législateur international donnant ainsi suite aux propositions du Tribunal a créé la Cour pénale internationale plusieurs années plus tard. Le Tribunal mondial sur l'Irak a lui aussi appliqué le crime d'agression en réponse à la violation du *jus ad bellum*. Par la suite, la définition a été établie, lors de la conférence de Kampala sur la révision du statut de la CPI¹⁰⁸. En outre, il est intéressant d'observer que le projet de Pacte mondial pour l'environnement comporte des propositions issues du Tribunal Monsanto. Ce projet, soumis à la négociation à la 72^e Assemblée Générale de l'ONU¹⁰⁹, prévoit en son article 14 l'extension du respect des obligations étatiques contenues dans le Pacte aux entreprises notamment¹¹⁰. Cette future disposition revendiquée, elle aussi, dans le Tribunal Monsanto témoigne d'une certaine diffusion des décisions des procès fictifs. Il est important de relativiser l'influence des procès fictifs qui ne sont pas à eux seuls responsables de l'adoption de nouveaux droits, toutefois ils peuvent jouer un rôle amplificateur.

105 Statut du Tribunal Permanent des Peuples, préambule, Bologne 24 juin 1979.

106 Article 20 du statut du Tribunal Permanent des Peuples : Les arrêts du Tribunal sont définitifs. Ceux-ci ainsi que les autres décisions du Tribunal sont communiquées aux parties intéressées, au secrétaire général des Nations unies, aux organisations internationales compétentes, aux gouvernements et à la presse.

107 E. LAMBERT-ABDELGAWALD, op. cit. p. 172.

108 Résolution RC/Res.6, adoptée à la treizième séance plénière, le 11 juin 2010, par consensus : Article 8 bis.

Crime d'agression : 1. Aux fins du présent Statut, on entend par « crime d'agression » la planification, la préparation, le lancement ou l'exécution par une personne effectivement en mesure de contrôler ou de diriger l'action politique ou militaire d'un État, d'un acte d'agression qui, par sa nature, sa gravité et son ampleur, constitue une violation manifeste de la Charte des Nations unies.

109 S. ROGER, M. BOURREAU, « Examen de passage réussi pour le projet de pacte mondial pour l'environnement », *Le monde*, 20 septembre 2017. Voir en ligne : http://www.lemonde.fr/climat/article/2017/09/20/examen-de-passage-reussi-pour-le-projet-de-pacte-mondial-pour-l-environnement_5188372_1652612.html.

110 Projet de Pacte Mondial pour l'environnement, Le Club des juristes, La Sorbonne, Paris, 24 juin 2017 : Article 14 « Rôle des acteurs non-étatiques et entités infranationales : Les Parties prennent les mesures nécessaires pour encourager la mise en œuvre du présent Pacte par les acteurs non-étatiques et entités infranationales, incluant la société civile, les acteurs économiques, les villes et les régions compte tenu de leur rôle vital dans la protection de l'environnement ».

2. *Le rôle des procès fictifs dans la médiatisation des violations*

L'effet recherché par les procès fictifs est une constatation et une médiatisation de la violation du droit international ou interne. Cela se concrétise dans la collecte de preuves et la réalisation d'investigations. Les procès fictifs permettent aux victimes d'accéder à des pièces, des documents qui pourront servir ultérieurement dans l'établissement de la preuve lors d'instances réelles. Avec le concours d'experts qui soumettent leurs études et rapports, les procès fictifs rassemblent des preuves scientifiques sur des pratiques complexes telles que la fracturation hydraulique¹¹¹. En complément de ces nombreuses expertises, concourent aussi d'autres éléments comme les témoignages. Les juges du Tribunal international Monsanto ont entendu lors des audiences 28 victimes sur les dommages qu'elles subissaient du fait des activités de Monsanto¹¹². C. Cournil soutient que les procès fictifs promeuvent la défense de certaines causes devant les vrais tribunaux¹¹³, car ces instances favoriseraient le dépôt de futures plaintes¹¹⁴.

En parallèle à la collecte des preuves, les procès fictifs tendent à qualifier les violations constatées. L'article 2 du Statut du TPP stipule que la « mission du Tribunal est de promouvoir le respect universel et effectif des droits fondamentaux des peuples, en déterminant si ces droits sont violés, en examinant les causes de ces violations et en dénonçant à l'opinion publique mondiale les auteurs desdites violations »¹¹⁵. La session du TPP sur les violations des droits de l'homme durant la guerre civile algérienne avait pour mission de déterminer les responsabilités dans les violations des droits humains et des droits des peuples ainsi que de qualifier les violations graves et systématiques des droits perpétrées par les différentes institutions de l'État¹¹⁶. À l'issue des audiences le TPP a conclu que les exécutions extrajudiciaires, les actes de tortures, les viols, les disparitions forcées et la violation de la liberté d'expression et des libertés publiques devaient être qualifiés de crimes contre l'humanité et de crimes de guerre¹¹⁷. La sentence prononcée fait état d'environ 2 500 cas de disparitions forcées. Selon le tribunal, ces disparitions forcées constituent une violation de l'article 9 du Pacte international de 1966 relatif aux droits civils et politiques¹¹⁸, du protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits non internationaux, ainsi qu'une violation de l'article 7-1-i du Statut de la cour pénale internationale¹¹⁹. Ainsi le tribunal conclut que

111 TPP, Advisory opinion, Session on Human Rights, Fracking and climate change, 12 avril 2019, p. 13-25.

112 Avis consultatif du Tribunal International Monsanto, 17 avril 2017, La Haye, p. 10.

113 C. Cournil, « Réflexions sur les méthodes d'une doctrine environnementale à travers l'exemple des tribunaux environnementaux des peuples » in *Revue Juridique de l'Environnement*, n° spécial (2016), p. 211.

114 E. Lambert-Abdelgawald, « La prolifération des tribunaux parallèles pour la dénonciation des crimes internationaux, quelle leçon de justice ? » in *RSC*, 2006, p. 175.

115 Article 2 du Statut du tribunal permanent des peuples.

116 TPP, Session relative aux violations des droits de l'homme et des peuples en Algérie, (1992-2004), 8 novembre 2004, p. 11.

117 *Ibid.*, p. 42 et s.

118 Cet article dispose : « Tout individu a droit à la liberté et à la sécurité de sa personne. Nul ne peut faire l'objet d'une arrestation ou d'une détention arbitraire. Nul ne peut être privé de sa liberté, si ce n'est pour des motifs et conformément à la procédure prévue par la loi ».

119 Cet article dispose : « Aux fins du présent Statut, on entend par crime contre l'humanité l'un quelconque des actes ci-après lorsqu'il est commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre toute population civile et en connaissance de cette attaque : [...] disparitions forcées de personnes ».

« ces violations répétées ou systématiques constituent des crimes contre l'humanité au terme de l'article 7 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, selon lequel l'acte de « disparitions forcées de personnes » doit être reconnu comme tel « lorsqu'il est commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre toute population civile et en connaissance de cette attaque »¹²⁰.

La diffusion du droit est l'effet le plus évident, ou tout au moins le plus revendiqué par les procès fictifs. Il existe toutefois un autre effet significatif des procès fictifs, tout aussi important face à la problématique de l'inapplication du droit : la réflexion sur l'évolution du droit.

B. L'évolution du droit

Le caractère fictif des procès constitue un instrument de découverte, invitant à un renouvellement de la systématisation du droit et des concepts qui y concourent. Les procès fictifs pensent l'application de droits nouveaux sur les faits soumis à l'instance. Ainsi, ils concourent à une redéfinition des concepts existants ainsi qu'à l'apparition de concepts nouveaux¹²¹. Ils deviennent des lieux de réflexion et de proposition d'évolutions du droit. La pratique atteste que les juges pour rendre leurs différents jugements interprètent de manière évolutive le droit existant (1) et créent des règles *ex-nihilo* (2).

1. L'interprétation du droit existant

Tout d'abord, les procès fictifs dépassent l'interprétation classique du droit tel qu'établi par les instances juridictionnelles et que consacré dans les conventions. Ainsi, ces procès usent d'une méthode qui existe déjà en droit positif afin de donner pleinement vigueur à la conception du droit qu'ils appliquent. Il s'agit de l'interprétation évolutive dont font usage les juridictions réelles. La Cour européenne des droits de l'homme a ainsi affirmé que la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme devait être interprétée « à la lumière des conditions actuelles, d'aujourd'hui »¹²². De même, l'organe d'appel de règlement des différends de l'Organisation mondiale du Commerce a lui aussi retenu une interprétation évolution de certaines normes juridiques. En effet, dans l'affaire *Essence* de 1996, l'air a été qualifié comme une ressource naturelle épuisable¹²³. Dans le cadre des procès fictifs, plusieurs droits sont interprétés de façon évolutive. Une illustration est celle de l'interprétation du droit à l'alimentation par le Tribunal Monsanto. Le droit à l'alimentation est un droit de l'homme reconnu par de nombreuses conventions internationales¹²⁴ et impliquant un certain nombre

120 32^e Session du tribunal permanent des peuples, Les violations des droits de l'homme en Algérie (1992-2004), le 5-8 novembre 2004, p. 44.

121 D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Paris, 2003, s.v. « Fiction ».

122 CEDH, affaire *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, 6833/74. Dans une série d'arrêts la CEDH va opérer un revirement de jurisprudence sous le prisme de l'interprétation évolutive en statuant en faveur de la modification de l'état civil pour les transsexuels ; voir en ce sens : J.-P. MARGUÉNAUD « La méthode d'interprétation évolutive imposée aux juridictions nationales : le transsexualisme encore et encore à la pointe du progrès », *RTD civ.* 2009, p. 291.

123 En 1947 l'article XX g du GATT n'était pas interprété de la sorte. Voir États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formule, WT/DS2/10/Add.7, 26 août 1997.

124 Le droit à l'alimentation est reconnu dans le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (Art. 11), la Convention sur les droits de l'enfant (Art. 24(2) (c) et 27 (3)), la Convention sur l'Élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (Art. 12 (2)), ou la Convention relative aux droits des personnes handicapées (Art.25 (f) et 28 (1)) à titre d'exemples.

de droits subjectifs¹²⁵. Le tribunal Monsanto interprète le droit à l'alimentation sous le concept de souveraineté alimentaire et ainsi dégage un principe de protection des petits paysans¹²⁶. On assiste ainsi à élargissement des moyens de droit invocable devant ces prétoires. En effet, grâce à un assouplissement des conditions d'application du droit international public aux entreprises privées, les droits fondamentaux sont au centre du raisonnement juridique et ouvrent les portes du prétoire à tous contre quiconque. Les entreprises sont considérées comme des débiteurs directs des obligations découlant des droits de l'homme reconnus dans les conventions internationales. En mobilisant le droit international des droits de l'homme pour défendre la cause des victimes¹²⁷, les procès fictifs soulignent les insuffisances actuelles des mécanismes juridictionnels. Concomitamment, ils mettent en lumière les potentialités offertes par certains instruments ajuridiques dans la promotion des droits fondamentaux.

L'absence de règle juridique susceptible de venir trancher le litige ne permettrait pas à certaines situations soumises aux juges de trouver de solution juridictionnelle¹²⁸. Ainsi, la norme juridique doit préexister dans le droit positif pour être appliquée aux faits. Les procès fictifs s'écartent de ce schéma. Ils sont un lieu de judiciarisation de normes ajuridiques. La pratique atteste notamment un large recours à la *soft law*. J. Salmon définit la *soft law* comme étant « des règles dont la valeur normative serait limitée soit parce que les instruments qui les contiennent ne seraient pas juridiquement obligatoires, soit parce que les dispositions en cause, bien que figurant dans un instrument contraignant, ne créeraient pas d'obligation de droit positif, ou ne créeraient que des obligations peu contraignantes »¹²⁹. Pour le doyen Carbonnier la *soft law* indique une « baisse plus ou moins considérable de la pression juridique »¹³⁰. Le fait que le droit souple soit appliqué au même titre que le droit dur contribue à estomper la distinction positiviste classique pour appréhender les faits de manière holistique. L'inapplication du droit à un environnement sain contenu dans les principes directeurs de l'ONU relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme a été soulevée par les victimes du procès citoyen Monsanto. L. Boisson de Chazournes souligne que de nombreux textes non-contraignants, car non issus des sources formelles du droit telles qu'énumérées à l'article 38 du statut de la CIJ, reprennent les idées contenues dans les principes généraux du droit ou les principes coutumiers¹³¹. Ces textes de droit souple reflètent les attentes normatives de la société et doivent, selon le Tribunal citoyen Monsanto, être une référence pour apprécier le comportement des entreprises. Le tribunal adopte, en réaction, une lecture « dynamique » des textes *soft* afin que la société Monsanto entre dans le champ d'application du droit international.

125 Il s'agit par exemple au droit à une alimentation accessible, disponible, adéquate, etc.

126 Avis consultatif du Tribunal International Monsanto, 18 avril 2017, La Haye, p. 23-29.

127 Sur la place centrale des victimes dans les tribunaux d'opinion voy. : A. BYRNES, G. SIMM, « Reflections on the past and future of international people's tribunals » in *Peoples' Tribunals and international law*, A. BYRNES, G. SIMM (dir.), Cambridge University Press, Cambridge, 2018, p. 259-275.

128 H. HAENEL, M.-A., FRISON-ROCHE, *Le juge et le politique*, PUF, Paris, 1998, p. 63.

129 J. SALMON, *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, Bruxelles, 2000, s.v. « Soft law ».

130 J. CARBONNIER, *Flexible droit – Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, 10e éd., 2001, p. 26.

131 L. BOISSON DE CHAZOURNES, « Conclusions générales », in *L'entreprise multinationale et le droit international*, Actes du Colloque SFDI, Paris, Pedone, 2017, p. 514.

2. *La création ex-nihilo de règles nouvelles*

La création judiciaire du droit consiste à concrétiser des règles générales en normes individuelles en tranchant des litiges. Cependant face aux lacunes du droit, les juges peuvent créer de nouvelles règles juridiques. Au sein des tribunaux fictifs, on assiste à une création *ex-nihilo* de normes juridiques. Par exemple, les juges du Tribunal citoyen Monsanto ont été saisis d'une question relative à la qualification des activités de Monsanto de crime d'écocide.

« L'objectif du Tribunal international Monsanto est de contribuer à une évolution progressive du droit international des droits de l'homme, en proposant de nouvelles voies légales concernant la responsabilité des entreprises et de nouveaux concepts tels que le crime international d'écocide¹³². »

Cette nouvelle incrimination pénale est définie par le tribunal comme le fait de porter une atteinte grave à l'environnement ou de détruire celui-ci de manière à altérer de façon grave et durable le bien commun et les services écosystémiques dont dépendent certains groupes humains¹³³. Bien que le crime d'écocide fasse l'objet d'une abondante littérature juridique¹³⁴, il ne fait pas l'objet d'une reconnaissance en droit international pénal. Les juges du tribunal fictif ont considéré dans leur avis que malgré les nombreux outils proposés par le droit environnemental, tant national qu'international, il subsiste de nombreux vides juridiques en matière de protection de la nature¹³⁵. C'est pour ces raisons que les juges ont clairement exprimé le souhait qu'une nouvelle version du Statut de Rome soit adoptée afin que soit introduit dans ce texte international un nouveau chef d'accusation en droit pénal international : le crime d'écocide.

Selon le Tribunal international Monsanto, les activités de Monsanto pourraient constituer un crime d'écocide du fait des dommages importants et durables que les activités de l'entreprise ont causés à l'environnement et à la santé humaine. En effet, la fabrication et la pulvérisation aérienne à grande échelle de mélanges de glyphosate lors de l'exécution du « Plan Colombia »¹³⁶, l'utilisation à grande échelle de produits agrochimiques dangereux, le développement de semences génétiquement modifiées ainsi que la contamination de la faune, de la flore, des sols et des eaux, sont des faits qui permettent aux juges de qualifier matériellement l'infraction. Le Tribunal international Monsanto souligne cependant qu'il n'existe aucune responsabilité internationale des personnes morales. Les juges ont alors encouragé une révision des articles 27 et 28 du Statut de Rome, afin que les auteurs de crimes internationaux ne soient plus seulement des personnes privées¹³⁷. L'avis consultatif illustre

132 Avis consultatif du Tribunal International Monsanto, 18 avril 2017, La Haye, p. 13.

133 *Ibid.*, p. 51.

134 Voy. par ex. L. NEYRET, « Pour la reconnaissance du crime d'écocide », *Revue juridique de l'environnement*, vol. 39, 2014, p. 177-193 ; *Des écocrimmes à l'écocide, Le droit pénal au secours de l'environnement*, Bruylant, Bruxelles, 2015, 468 p. ; R. FALK, « Environmental welfare and ecocide, Facts, appraisal and proposals », *Bulletin of Peace Proposals*, vol. 4, 1973, p. 80-96 ; M. GRAY, « The international crime of ecocide », *California Western International Law Journal*, n° 26, 1996, p. 215-272 ; M. SALONI, « The international crime that could have been but never was : an english school perspective on the ecocide law », *Amsterdam Law Forum*, vol. 9, issue 3, 2017, p. 49-70.

135 Avis consultatif du Tribunal International Monsanto, 18 avril 2017, La Haye, p. 52.

136 Témoignage de M. P. MUTUMBAJOY, *Terms of references*, Tribunal International Monsanto, p. 102.

137 Avis consultatif du Tribunal International Monsanto, 18 avril 2017, La Haye, p. 54.

comment le crime d'écocide pourrait être défini en droit international pénal et la manière dont une Cour internationale pourrait poursuivre les personnes accusées d'un tel crime¹³⁸.

Le droit nouveau invoqué correspond à des revendications promues par la doctrine¹³⁹. Selon C. Cournil, cette *lege feranda* omniprésente dans les avis des tribunaux fictifs témoigne bien du fait que la doctrine qui, en principe, n'a qu'un discours sur le droit, participe aujourd'hui plus directement à son processus de production et d'évolution¹⁴⁰. Le droit proposé dans les instances fictives confère une réelle valeur aux suggestions et remarques de la doctrine. Ce nouveau droit proposé constitue « une source de droit indépendante [...] un point de départ suffisant, une prémisse adéquate »¹⁴¹ dans le raisonnement juridique des tribunaux fictifs.

Conclusion

Les impacts réels de ces instances fictives sont difficilement mesurables¹⁴². En effet, même si les procès fictifs peuvent effectivement impacter le droit positif, il est difficile d'affirmer qu'ils sont la cause ou le fondement de telle ou telle évolution du droit. Les procès fictifs n'ont pas vocation à apporter une solution définitive à l'inapplication du droit. Ceux-ci jouent un rôle dans une phase intermédiaire entre le droit inappliqué et la réaction des institutions publiques. En effet, les procès fictifs interviennent *a posteriori* de l'inapplication du droit. Ils ne constituent donc pas une réponse à l'inapplication du droit. Plus tribunes que tribunaux, les procès fictifs tirent leur légitimité de l'idéal qu'ils revendiquent. Leurs actions sont sans effectivité juridique sur leurs destinataires en ce qu'ils relèvent plus de l'éthique que du pragmatisme. Toutefois, les procès fictifs proposent des pistes de réflexion pour les juridictions réelles. Ils doivent être considérés comme des espaces où une opinion publique se forme et des arènes qui concourent à l'amélioration du droit.

138 G. MACCARRICK, J. MAOGOTO, « The signifiante of the international Monsanto tribunal's finding with respect to the nascent crime of ecocide », *Texas Environmental Law Journal*, vol. 48, p. 218-238.

139 Par exemple, L. NEYRET est l'un des plus célèbres promoteurs de la consécration du crime d'écocide. À ce propos voir notamment : L. NEYRET, « Pour la reconnaissance du crime d'écocide », *Revue juridique de l'environnement*, 2014/HS01 (Volume 39), p. 177-193.

140 C. CURNIL, *Op. cit.* p. 214.

141 *Ibidem* p. 78.

142 M. MALLONEY, « Building an alternative jurisprudence for Earth : the international rights of nature tribunal » in Australian Earth Laws Alliance, *Vermont Law Review* Vol 41 :129, 2016, p. 141.

CONCLUSIONS

Jean-Sylvestre BERGÉ¹

Pour ouvrir ce propos, je voudrais remercier tout le monde, à commencer par les professeurs Romain Le Bœuf et Olivier Le Bot pour cette très belle initiative et leur aimable invitation. Je voudrais aussi tous vous citer par vos prénoms en respectant l'ordre de vos interventions : Sandrine, Marthe, Louisa, Jonathan, Marie-José, Sarah, Priscilla, Audrey, Ferdinand, Cathérina, Mathias, Fanny, Akila, Christos, Nathalie, Habib, Emmanuel, Laura, Shetna. Je n'oublie pas, non plus, Olivier, Xavier, Thierry et Nathalie (bis, mais c'est la même) pour leurs présidences de tables rondes. Je dois vous dire que vous m'avez souvent facilité la tâche en anticipant la présentation et l'explicitation de nombreux éléments de cette modeste conclusion.

Pour ces propos conclusifs, j'ai choisi une double entrée et une approche en trois temps.

Une double entrée

Mon entrée sera double. D'une part, je vais vous proposer d'extrapoler KELSEN – connu entre tous dans l'univers contemporain des juristes – et de nous en éloigner. D'autre part, je vais suggérer que nous nous rapprochions de quelqu'un que vous ne connaissez peut-être pas et qui s'appelle SPARROW, spécialiste américain de politiques publiques et qui a écrit un livre à grand succès intitulé « The Character of Harms » que l'on peut traduire par « Les traits des méfaits ».

Prenons d'abord KELSEN qui est un peu au droit ce que le football est au sport, je veux dire que sa lecture a souvent vampirisé la pensée juridique au point de rendre presque inaudibles d'autres auteurs qui avant lui ou après lui se sont exprimés sur le sens du droit, parfois sur des terrains éloignés du droit constitutionnel et du droit public, ce qui explique sans doute qu'ils n'aient pas connu un égal succès². Kelsen nous dit quelque chose : l'application du droit peut être synonyme de création du droit de sorte que cette application est indissociable de la définition du droit³. En suivant

¹ Professeur à l'Université Lyon 3, Institut Universitaire de France.

² Je ne citerai qu'un nom : Adolf REINACH auteur notamment d'un ouvrage publié en allemand en 1913 sur « Les Fondements *a priori* du droit civil », trad. R. de Calan, Vrin, 2004.

³ H. KELSEN : « l'application du droit est en même temps création du droit [...] ces deux notions ne représentent pas une antithèse absolue ; il n'est pas juste de distinguer et opposer des actes créateurs de droit et des actes applicateurs de droit. Car, si l'on fait abstraction des cas-limites entre lesquels se déroule le processus de création du droit – ces cas-limites étant la supposition de la norme fondamentale, et l'exécution des actes de contrainte –, tout acte juridique est à la fois application d'une norme supérieure et création, réglée par cette norme, d'une norme

cette analyse, on est peu enclin à considérer que le temps de l'application est un temps différent du droit : appliquer le droit, c'est potentiellement créer du droit, donc il n'y a pas de raison de distinguer, de mettre en opposition (sauf cas particuliers que KELSEN signale au demeurant), les processus d'application et de création du droit. Si maintenant, on extrapole KELSEN pour les besoins de ce colloque, on peut dire que si l'application du droit, c'est le droit, alors l'inapplication du droit, c'est le non-droit ! Notre objet aujourd'hui serait donc de travailler sur des hypothèses de non-droit que l'on viendrait caractériser par une opposition au droit.

Le second auteur auquel je voudrais faire référence n'est pas un juriste. SPARROW⁴ a réfléchi notamment au travail des agences fédérales américaines. Son analyse est intéressante, puisqu'il dit au fond que tous les malheurs qui arrivent à la planète et que les agences publiques – nous dirions en France les administrations – sont chargées de traiter, ne sont pas des maux mais sont des biens et que toute l'erreur dans la démarche consiste pour ces agences à s'inscrire en acteurs qui empêcheraient ces maux de se réaliser. Il dit que cette approche n'est plus adaptée, qu'il faut changer d'état d'esprit et dire aux agences : quand un drame arrive – et il cite tout de même dans les drames, le 11 septembre 2001 – c'est potentiellement l'occasion de construire quelque chose de bien. SPARROW propose ainsi de renverser complètement la perspective en disant, en substance, qu'un mal doit être pris pour un bien et que la meilleure façon de le traiter, c'est de l'envisager comme une opportunité de construire de nouvelles politiques publiques.

Je reviens à notre sujet. À négliger l'extrapolation de la pensée de KELSEN et à suivre SPARROW, cela voudrait dire que, non seulement il ne faut pas croire que l'inapplication du droit serait synonyme de non-droit, mais au surplus, il faudrait considérer que l'inapplication du droit n'est pas une pathologie, un mal, une anomalie, mais plutôt un moment nécessaire, intéressant, utile, instructif de la vie du droit. Bref, en un mot : l'inapplication du droit serait du droit !

Une approche en trois temps

Partant de ces prémisses, je voudrais aborder trois points successivement.

Le premier temps intéresse la définition des termes de notre sujet. Autant vous le dire d'emblée, je ne vais pas être très performant en ce sens que je ne vais pas chercher à vider la question de l'inapplication du droit par un travail de définition qui supposerait, à vrai dire, une réflexion bien plus aboutie que ce que ma petite attention sur une journée entière d'échanges peut produire.

Le deuxième temps est relatif aux différentes manifestations du sujet. On est ici au cœur du métier du juriste : la catégorisation. Qu'est-ce que fait le juriste quand on lui donne un objet, Il fait des catégories, des distinctions. Nous allons donc voir comment vous avez dans la journée catégorisé l'hypothèse de l'inapplication du droit.

inférieure » : Théorie pure du droit (1934-1960), trad. française de la 2^{me} éd. de « *Reine Rechtslehre* » par Ch. Eisenmann, éd. Dalloz, 1962, p. 315.

4 M. K. SPARROW, *The Character of Harms – Operational Challenges in Control*, Cambridge University Press, 2008.

Le troisième temps que j'ai retenu est certainement le plus difficile, le plus exigeant. Nous l'avons largement côtoyé aujourd'hui, peut-être de plus en plus et au fur et à mesure de la journée et c'était d'ailleurs bien dans l'invitation de l'appel à communications. Il y a plusieurs façons de le présenter. J'ai choisi le terme « d'explication » : pourquoi l'inapplication du droit existe, quels sont ses ressorts explicatifs, comment peut-on la comprendre ? Dans ce jeu d'explication, il y a un travail que l'on peut considérer de déconstruction / reconstruction, en ce sens que l'on va chercher, derrière le phénomène que l'on étudie, à identifier les modalités explicatives dudit phénomène.

Voyons ces trois temps successivement.

Définir l'inapplication du droit

Trois points principaux de définition ont été mobilisés aujourd'hui.

Le premier, mentionné dès les propos liminaires et introductifs, porte sur la difficulté toujours très grande à traiter d'un sujet négatif, en creux. Soit on cherche à combler le vide, ce qui revient ici à traiter de l'application du droit pour dessiner « en positif » les contours de la notion « en négatif » de l'inapplication du droit et on risque fort de sortir du sujet. Soit on s'attache à aller au fond des choses, à s'immerger tout entier dans un univers de non-application du droit et il y a de fortes chances que l'on y reste... tout au fond et que l'on n'en remonte jamais.

Le deuxième point qui figure dans les éléments de langage qui nous ont été donnés par les organisateurs du colloque est que le sujet a une dimension fortement pratique au sens le plus noble du terme. Or c'est toujours un défi pour les juristes de modéliser au départ des outils du droit (le plus souvent sans appareil sociologique) une pratique du droit, surtout, comme en l'occurrence, quand il s'agit (voir le premier point ci-dessus) d'une non-pratique du droit.

Le dernier point – vous voyez je demeure très bref sur la présentation des éléments de définition du sujet – porte sur l'observation que l'inapplication du droit n'est pas strictement synonyme de violation du droit. Si, comme cela a été rappelé d'entrée de jeu, la violation de la règle de droit peut être une condition de son application et si donc l'inapplication du droit est consubstantielle à son application, point essentiel sur lequel il nous faudra sans cesse revenir, il semble tout à fait clair au terme de cette journée que l'inapplication du droit est quelque chose d'extrêmement protéiforme qui ne peut se résumer purement et simplement à un fait de violation, c'est-à-dire de non-respect, de la règle de droit.

En définitive, nous avons un sujet en creux, hautement lié à « la pratique de non-pratique du droit » et qui est susceptible de prendre les formes les plus variées. Une gageure en somme !

Catégoriser l'inapplication du droit

Le deuxième temps de la journée s'est naturellement focalisé sur les différentes catégories d'inapplication du droit. Dans ce travail où, il faut bien le reconnaître, le juriste excelle, il s'est agi de séparer le bon grain de l'ivraie, c'est-à-dire à distinguer ce qui relève d'une bonne ou d'une mauvaise inapplication du droit. Pour mener à bien ce travail de catégorisation, trois clés de distinction ont été utilisées tout au long de la journée.

La première clé est assez évidente, c'est celle des acteurs. Un nombre assez considérable – je mesure mes mots – d'acteurs susceptibles d'être à l'origine d'une inapplication du droit a été passé en revue. On a commencé par l'État en expliquant au demeurant que l'inapplication du droit par l'État était la négation même de sa condition. On a parlé des institutions nationales, l'administration en général, les juges bien sûr, sans oublier les autorités administratives indépendantes. On a envisagé le cas d'une institution européenne, la Commission de l'Union européenne. On a traité des juridictions et des institutions internationales. On a peu parlé des individus, mais cela s'explique par la coloration somme toute très publiciste de la journée (ce n'est évidemment pas un reproche que je vous fais). Et on a terminé par le citoyen ce qui a permis d'ouvrir de nouvelles perspectives.

Chacune de ces entités est un acteur et elle joue un rôle dans le processus d'inapplication du droit. Nous aurions pu nous concentrer sur un seul de ces acteurs et, pour revenir sur celui qui a été finalement le moins étudié, l'individu, on aurait pu, par exemple, mobiliser tout le sujet de la journée en essayant de comprendre comment un individu pouvait laisser le droit ne pas s'appliquer en considération notamment de sa situation, sa condition, ses intérêts, etc. Au contraire, on a décidé d'embrasser largement le sujet. Je ne vois pas d'autres acteurs qui viendraient manquer ainsi au chapitre. Je crois que c'est un choix judicieux car il a permis de révéler toute la richesse du sujet.

La deuxième clé de distinction porte sur les objets à l'occasion desquels l'inapplication du droit peut être observée et donc étudiée. Si je m'efforce de respecter l'ordre de la journée, on a eu des choses assez étonnantes, puisque l'amitié et l'amour comme vecteur de non prise du droit et donc d'inapplication du droit ont été envisagés. Il en va de même pour la violence dans la perspective du droit humanitaire. La Constitution a été un grand moment, plusieurs communications ayant en effet porté sur cet objet d'importance mais qui est parfois inappliqué. Des questions comme l'interruption volontaire de grossesse et une référence au mariage des couples du même sexe ont été travaillées. Le handicap a également fait l'objet d'une intervention. De manière plus générale, de multiples situations de non-application de la règle de droit ont été passées au crible de vos analyses : l'inaction administrative, le défaut de poursuite pénale, l'absence de sanction, le non-déclenchement des procédures européennes en constatation de manquement, l'inaction dans le cadre du recours comme une hypothèse d'inapplicabilité, le non-respect des décisions comme hypothèse d'inapplicabilité et, dernier élément, le défaut d'accès au procès comme inapplicabilité du droit.

Voilà les objets tels qu'ils ont été décrits dans la journée, là encore avec une extraordinaire variété.

La troisième clé d'entrée permet de présenter les interventions de la journée de manière sans doute plus intéressante encore. Elle porte sur les différentes modalités d'inapplication. Il s'agit ici de se représenter la palette en quelque sorte de l'ensemble des voies empruntées pour conduire à une inapplication du droit.

Voilà ce que j'ai entendu – je ne prétends pas être complet, mais j'ai quand même essayé de faire très attention : l'illégalité, bien sûr, serait une des modalités principales de l'inapplication. Il y a aussi la distinction entre l'inapplication temporaire et définitive qui a paru parfois être un point très important de clivage entre ce qui devait être admis ou non. Il en va de même pour la distinction entre l'inapplication implicite et celle explicite. Autre distinction très importante, l'inapplication volontaire et celle involontaire avec des traitements juridiques radicalement différents sur le terrain notamment de la tolérance. La question de l'inapplication quand elle est gouvernée par des considérations d'opportunité a été également travaillée. L'inapplication a aussi été déclinée de manière très détaillée sous la figure de l'inaction, celle du défaut de sanction, celle de la désuétude (le mot n'a pas été utilisé mais quand il a été question de « belle endormie » on n'en était pas très loin), celle de la non-exécution et, enfin, celle de la fiction avec l'hypothèse du procès fictif.

Pour toutes ces figures, on peut prendre chacune des voies de l'inapplication et observer comment le juriste s'efforce de mettre un point de clivage entre l'inapplication qui lui semble acceptable et celle qui ne l'est pas.

Expliquer l'inapplication du droit

J'arrive au troisième point qui est certainement le plus difficile à traiter. Expliquer l'inapplication du droit, c'est prendre le temps de comprendre en quoi cette inapplication fait partie intégrante de la vie du droit. L'objectif n'est pas de cliver les bonnes et mauvaises inapplications (point précédent). Mais de les envisager toutes pour essayer de prendre la mesure explicative du phénomène étudié.

Pour cela, j'ai retenu en vous écoutant cinq entrées.

La première entrée porte sur la question de l'effectivité du droit que l'on peut enrichir par celles de l'immédiateté et de l'opposabilité de la règle de droit. La question de l'inapplication, vue sous le prisme de l'effectivité, immédiateté, opposabilité amènerait le juriste à considérer qu'une approche jusqu'au-boutiste de l'efficacité de la règle de droit ne doit pas être nécessairement recherchée et qu'un défaut d'effectivité, d'opposabilité ou d'immédiateté peut être quelque chose de souhaitable. Dans ces situations, l'inapplication permet de cloisonner des constructions juridiques (notamment à des niveaux différents – national, international et européen – ou pour des spécialités du droit différentes – droit général/droit spécial par exemple), de penser que la règle de droit ne produit pas les mêmes effets selon l'environnement ou le cas dans lesquels elle est déployée. Elle crée également des sécurités : on a besoin parfois de désactiver la règle de droit pour préserver sa raison d'être : s'appliquer à certaines situations et pas à d'autres. En un mot, la meilleure efficacité du droit n'est pas nécessairement synonyme d'efficacité maximum et une des manières de graduer cette efficacité est de recourir à l'inapplication sous toutes les formes envisagées aujourd'hui.

La deuxième entrée se veut stratégique. Si l'on envisage l'hypothèse d'une inapplication du droit, il faut pouvoir potentiellement l'intégrer sans une vision stratégique. Il y a en effet une stratégie juridique à ne pas appliquer un mécanisme du droit. Les étudiants sont souvent très choqués quand on leur dit, par exemple, que le contrat a un effet obligatoire en vertu de la règle de droit mais qu'il peut y avoir un intérêt stratégique à ne pas respecter le contrat. Le pauvre étudiant de deuxième année qui a appris, non sans efforts, l'effet obligatoire du contrat, les sanctions en cas d'inexécution et qui est pétri de cette idée qu'il faut respecter le contrat, se trouve confronté à l'occasion de son premier jour de stage à l'injonction de son maître selon laquelle il faut trouver le moyen dans un dossier précis de casser un contrat, fût-ce par le biais de sa non-exécution. N'importe quelle approche pratique du droit sait poser les termes d'une inapplication de la règle de droit : ses avantages et ses inconvénients. Comme cela a été dit à titre liminaire, le droit n'est de toute façon jamais très loin. Le défaut de respect d'une règle de droit enclenche très souvent l'application d'une autre règle de droit. L'inapplication du droit fait partie de la vie du droit et nourrit à ce titre des ambitions stratégiques.

La troisième entrée est piègeuse. C'est celle de l'interprétation. On a notamment buté sur cette entrée à propos des questions constitutionnelles. Je vais vous donner un avis. Je ne vous dis pas que c'est très réfléchi, mais c'est mon sentiment. Mon intuition est que si l'on essaie de recouper application, inapplication et interprétation, l'interprétation a vocation à s'approprier totalement le sujet. Tout acte d'interprétation peut conduire à une application ou une inapplication de la règle de droit. On ne peut donc utiliser la clé de l'interprétation comme un point de clivage entre ce qui serait l'application et l'inapplication. En gros, l'interprétation surplombe la distinction application-inapplication. Cela veut dire que c'est un autre sujet. Or il faut toujours veiller à ne pas se faire voler son sujet... par un autre sujet. Il faut donc évacuer toute idée que l'interprétation permet d'expliquer l'inapplication du droit plutôt que son application, ou inversement. L'interprétation est potentiellement partout présente.

On en arrive aux deux derniers points qui sont les plus importants pour moi : l'acceptabilité et la praticabilité du droit.

La quatrième entrée porte, en effet, sur la question de l'acceptabilité. Au fond, on peut chercher à expliquer l'application ou l'inapplication du droit par la capacité à accepter ou à ne pas accepter les effets inhérents à l'application de cette règle de droit. Dans cette approche par l'acceptabilité, il y a des éléments qui relèvent de choses totalement étrangères au droit. J'ai fait une allusion précédemment à la sociologie, on peut penser également à la psychologie, l'économie, la politique ou encore (sans doute le plus important) la philosophie (etc.). Mais les constructions du droit sont à même d'échafauder des dispositifs pour servir cette inapplication du droit en cas de défaut d'acceptabilité. L'exemple le plus magistral qui a été traité aujourd'hui est incontestablement celui de l'objection de conscience : quand le droit donne au sujet le pouvoir de décider de la non-application de la règle de droit. Au-delà de cet exemple précis, de très nombreux scénarios de non-application du droit présentés aujourd'hui peuvent trouver une explication dans le défaut d'acceptabilité. Le juriste ne peut ignorer le fait de résistance à la règle de droit. Il doit être capable de l'intégrer à ses constructions en questionnant la raison d'être de la règle de droit.

La dernière entrée est celle de la praticabilité du droit. Qu'est-ce que cela veut dire ? La praticabilité du droit, c'est la capacité du droit à se saisir de réalités. Il existe de nombreuses hypothèses dans lesquelles le défaut d'application de la règle de droit s'explique par son impossibilité à trouver des points d'accroche, des points de concrétisation dans les réalités que le droit est censé appréhender. Ces inapplications tiennent pour des raisons de fait ou de droit (je ne suis pas du tout satisfait de cette opposition, mais je l'utilise à dessein pour vous rassurer : on est encore dans le monde du droit !).

Pour les raisons de fait, il arrive assez souvent que la règle de droit ait une représentation des réalités auxquels il s'applique qui ne correspond tout simplement pas à la réalité. Le droit a une vision de la réalité qui n'est pas la réalité ou, en tout cas, qui en est beaucoup trop éloignée. Bien entendu, le droit peut construire son propre monde, sans qu'aucune réalité objective ne s'impose définitivement à lui (c'est en tout cas notre approche positiviste). Par ailleurs, des voies, comme l'interprétation, permettent de forcer le passage entre les réalités juridiques et extra-juridiques. Mais parfois, ça ne marche pas. Ce défaut de praticabilité factuelle de la règle de droit explique certains cas d'inapplication. Je ne prendrai qu'un seul exemple : la proclamation de droits fondamentaux foulés régulièrement aux pieds pour défaut de praticabilité (exemple français, du droit au logement ou international, du droit à circuler partout dans le monde, etc.). Les situations de ce type doivent nous faire réfléchir. Un bon praticien du droit a toujours une intelligence factuelle de son dossier avant d'en avoir une lecture strictement juridique. Sur le terrain de la théorie juridique, il serait souhaitable que nos lieux de savoir s'imprègnent d'approches *a priori* et modales du droit qui nous aident, nous juristes, à expliciter la manière dont nous concevons les réalités auxquelles le droit s'applique⁵. Cet effort d'explicitation de nos représentations des réalités du droit nous permettrait d'entrer en discussion avec les autres disciplines des sciences dures, humaines et sociales, beaucoup plus largement que nous ne le faisons aujourd'hui. Le fait est que les juristes sont, pour leur très grande majorité, totalement absents des débats publics. Il faut que cela change et c'est à nous de développer des approches externes sur le droit !

Sur un terrain plus strictement juridique de la praticabilité, l'inapplication du droit peut être souvent comprise comme l'expression d'un acte de volonté. Or cet acte de volonté a souvent une dimension juridique. Le droit va donner à un individu, une personne morale, une administration, un juge, un État, une institution internationale ou européenne (etc.), le pouvoir de décider ou non de la mise en œuvre pratique de la règle de droit. Ce pouvoir peut être discrétionnaire ou étroitement contrôlé, nous l'avons vu. Mais il est souvent l'expression d'une règle de droit. Une fois de plus : l'inapplication comme l'application du droit font partie intégrante de la vie du droit et cette vie du droit est intimement liée à sa pratique.

⁵ Pour un plaidoyer en ce sens à propos de phénomènes complexes de circulation inter-territoriale (projet IFITIS), voir notre chronique, *Quelle approche des phénomènes par le droit ? Le cas de la circulation totale au-delà du contrôle*, Recueil Dalloz, 2017, n° 44, p. 2546.

En guise de conclusion... aux conclusions

Pour conclure, je voudrais me faire l'avocat – si j'ose dire – de la nécessité pour l'université d'investir plus qu'elle ne fait aujourd'hui les champs théoriques de la pratique juridique, ce que l'on appelle de manière savante « la praxéologie » et, de manière sans doute plus simple, « la théorie de la pratique ». La modélisation abstraite de la pratique – comme ici avec la belle figure de l'application du droit – doit être notre préoccupation permanente et il faut se méfier de toutes ces abstractions juridiques qui n'ont qu'un but : nous couper du réel. Il faut se méfier, non pas de Kelsen, mais de l'utilisation qu'on en fait. Kelsen, esprit prodigieusement intelligent avait bien sûr en vue une réalité pratique quand il a construit son objet magistral. Déconnecter sa théorie de cet objet et le faire tourner, comme on fait tourner un algorithme incontrôlé, sur des objets aléatoires qui n'ont potentiellement rien à voir avec l'approche originelle, ça, c'est de la pure folie !

Je vous remercie.

TABLE DES MATIÈRES

PRÉFACE	9
Marthe FATIN ROUGE-STEFANINI, SANDRINE MALJEAN-DUBOIS	
INTRODUCTION	11
Romain LE BŒUF, OLIVIER LE BOT	
PARTIE I	
L'INAPPLICATION DES NORMES PRIMAIRES	
CHAPITRE I. LE CONSTAT DE L'INAPPLICATION DU DROIT	17
INSTITUTIONS POLITIQUES ET INAPPLICATION DE LA CONSTITUTION SOUS LA V^e RÉPUBLIQUE	19
Priscilla JENSEL-MONGE, Audrey DE MONTIS	
I. Définition positive de l'inapplication : une interprétation contraire de la Constitution	23
A. Le Conseil constitutionnel peut intervenir et sanctionner.....	24
B. Le Conseil constitutionnel ne peut pas intervenir.....	26
C. Le Conseil constitutionnel ne veut pas intervenir.....	26
II. Définition négative de l'inapplication : l'interprétation « maîtrisée » de la Constitution	27
A. L'usage du présent de l'indicatif.....	28
B. La construction grammaticale de la phrase.....	29
C. L'institution politique concernée.....	30
L'IMPROBABLE APPLICATION DE CERTAINES DISPOSITIONS CONSTITUTIONNELLES	35
Ferdinand FAYE	
I. L'exigence de circonstances de fait inconcevables	37
A. Les circonstances de fait objectivement inconcevables.....	37

B. Les circonstances de fait subjectivement inconcevables	40
II. L'existence d'une procédure d'application rédhibitoire	43
A. Une procédure excessivement contraignante	43
B. Une procédure nécessitant une collaboration problématique d'organes	45
CHAPITRE II. LES RAISONS DE L'APPLICATION DU DROIT	49
LE DROIT FACE À LA VIOLENCE : L'INAPPLICATION DU DROIT HUMANITAIRE	51
Marie-José DOMESTICI-MET	
I. Le non-respect du droit international humanitaire, un fléau reconnu	53
A. Des violations qui affectent les principaux axes du DIH	53
1. <i>La violation de l'immunité des personnes protégées</i>	<i>55</i>
2. <i>Le non-respect de l'assistance aux personnes protégées</i>	<i>56</i>
3. <i>La violation de « la » distinction dans la conduite des hostilités</i>	<i>58</i>
a. <i>Les outils intellectuels destinés à guider la mise en œuvre de la distinction, sont de deux types : concepts opératoires et principes d'action</i>	<i>58</i>
b. <i>Malgré ce balisage rigoureux, les violations sont nombreuses</i>	<i>59</i>
B. Un phénomène de non-respect d'une gravité particulière	61
1. <i>Les normes de droit humanitaire, éléments avancés de l'humanisme juridique</i>	<i>62</i>
2. <i>Les normes de droit humanitaire, des normes impératives</i>	<i>63</i>
a. <i>L'impérativité démontrée par la garantie du champ d'application ..</i>	<i>63</i>
b. <i>L'impérativité démontrée par l'existence de dispositifs favorisant la mise en œuvre du droit humanitaire</i>	<i>64</i>
c. <i>L'impérativité démontrée par la responsabilité pénale individuelle pour violation</i>	<i>65</i>
II. Des stratégies complémentaires de réponse au fléau	66
A. Les stratégies visant à « faire respecter » le DIH par ceux qui s'y sont engagés	67
1. <i>Informers pour « faire respecter » : la « diffusion »</i>	<i>67</i>
2. <i>« Faire respecter » grâce à l'interprétation</i>	<i>68</i>
3. <i>« Faire respecter » par l'incitation</i>	<i>69</i>

4.	« Faire respecter » par la stigmatisation	70
5.	« Faire respecter » par la dissuasion	70
B.	Les stratégies d'application non littérale du droit humanitaire.....	71
1.	<i>Des politiques pragmatiques</i>	<i>71</i>
a.	<i>La sauvegarde de l'essentiel, sans égard pour le régime juridique applicable</i>	<i>71</i>
b.	<i>La limitation de la violence par l'implication d'acteurs non engagés envers le DIH</i>	<i>72</i>
2.	<i>Une conceptualisation large de « la protection »</i>	<i>73</i>
C.	Les stratégies de substitution dans l'exécution	75
1.	<i>L'ingérence des ONG « sans-frontiéristes » en faveur de l'assistance.....</i>	<i>75</i>
2.	<i>Les politiques protectrices des Nations unies : libérer l'assistance des entraves</i>	<i>76</i>
a.	<i>La protection contre les entraves matérielles.....</i>	<i>76</i>
b.	<i>La Protection vis-à-vis des entraves juridiques</i>	<i>78</i>
D.	L'inapplication du droit humanitaire comme stratégie de réduction de la violence : la non-poursuite des crimes de guerre pour obtenir la paix.....	78
1.	<i>La tentation de l'impunité.....</i>	<i>79</i>
2.	<i>Le sursis à poursuivre</i>	<i>80</i>

L'OBJECTION DE CONSCIENCE OU L'INAPPLICATION AUTORISÉE DE LA LOI : LES RÉSISTANCES À L'ACCÈS À L'IVG PAR LES PERSONNELS DE SANTÉ EN ITALIE.....83

Caterina SEVERINO

I.	Des graves difficultés à l'accès à l'IVG dues à un recours massif par les personnels de santé à l'objection de conscience.....	86
II.	Vers une solution juridique ou une amplification des difficultés ?	88

L'INAPPLICATION DU DROIT À L'ACCESSIBILITÉ POUR LES PERSONNES EN SITUATION DE HANDICAP : LA MISE EN CAUSE DES ÉVALUATIONS EX ANTE.....93

Mathias NUNES

I.	Les insuffisances formelles et matérielles des évaluations <i>ex ante</i>	96
A.	<i>L'usage limité des évaluations <i>ex ante</i>.....</i>	<i>96</i>
B.	<i>L'absence de données objectives des évaluations <i>ex ante</i></i>	<i>97</i>

II. L'intervention du législateur pour pallier les insuffisances d'évaluation et de mise en œuvre	99
A. Le recours à la loi dans un objectif de correction	99
B. L'encadrement du recours à la loi.....	101
Conclusion	102

PARTIE II

L'INAPPLICATION DES MÉCANISMES DE CONTRÔLE

CHAPITRE I. L'ABSTENTION DES AUTORITÉS DE CONTRÔLE	105
---	-----

LA TOLÉRANCE ADMINISTRATIVE, INAPPLICATION CONDAMNABLE DU DROIT	107
--	-----

Fanny GRABIAS

I. Le critère de la condamnation : la volonté de ne pas faire respecter les règles de droit	110
A. La consécration du critère	111
1. <i>L'impuissance juridique ou les prémisses de la consécration</i>	111
2. <i>L'impuissance matérielle ou l'achèvement de la consécration</i>	114
B. L'identification de la volonté.....	117
1. <i>Une objectivation nécessaire</i>	117
2. <i>Des difficultés persistantes</i>	120
II. La réalité de la condamnation : la difficulté de sanctionner la tolérance	123
A. L'accès limité de la tolérance au prétoire du juge administratif ...	123
1. <i>Les obstacles inhérents à la tolérance</i>	124
2. <i>Les obstacles inhérents à l'exercice d'une action contentieuse</i>	126
B. La condamnation compliquée de la tolérance par le juge administratif	127

L'OPPORTUNITÉ DES POURSUITES ET L'IDÉE DE SYSTÉMATI- CITÉ DE LA RÉPONSE PÉNALE	131
---	-----

Akila Taleb-Karlsson

I. L'opportunité des poursuites et l'inapplication du droit	133
A. Diversification de la réponse pénale et restriction des cas d'inapplication du droit	133

1.	<i>L'élargissement des domaines d'intervention du droit</i>	134
2.	<i>L'augmentation de l'offre des modes de traitement des affaires pénales</i>	136
B.	Avènement des alternatives aux poursuites et inapplication du droit	138
1.	<i>Les alternatives aux poursuites : solution à l'inapplication du droit</i>	138
2.	<i>Les alternatives aux poursuites : résultat de l'inapplication du droit</i>	139
II.	La systématique de la réponse pénale et les risques d'inapplication du droit	141
A.	L'essor des modes de règlement des infractions et la nouvelle application du droit	141
1.	<i>Le déplacement dans le temps et dans l'espace du traitement des affaires pénales</i>	142
2.	<i>La nouvelle application du droit et les transformations de la justice pénale</i>	144
B.	Vers la multiplication des cas d'inapplication du droit ?	145
1.	<i>Le constat de la crise du ministère public</i>	146
2.	<i>Les actions à mener pour prévenir l'inapplication du droit</i>	147
 LE POUVOIR DE SANCTION DES AUTORITÉS DE RÉGULATION : VERS LA RECONNAISSANCE D'UN DROIT À L'INAPPLICATION DU DROIT AU PROFIT DES OPÉRATEURS ÉCONOMIQUES ?		
Christos KALOUDAS		
I.	La pratique des autorités de régulation en matière de prononcé des sanctions : vers une inapplication du droit « de fait » ?	155
A.	Une convergence des pouvoirs : le pouvoir de sanction, une prérogative commune aux autorités de régulation	156
B.	Une divergence dans la pratique de sanctions : la non-sanction, source d'inapplication du droit « de fait » ?	158
II.	Une procédure de sanction laissant une certaine place à l'inapplication du droit : vers une inapplication du droit « de droit » ?	161
A.	La mise en demeure « classique » : une modalité d'inapplication temporaire du droit, au service de la régulation	162

B. Des formes de mise en demeure originales réduisant le temps d'inapplication du droit	164
Conclusion	166
L'OPPORTUNITÉ DANS LE RECOURS EN MANQUEMENT EN DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE	169
Nathalie Rubio	
I. Une opportunité du déclenchement du recours en manquement consacrée et affichée	172
A. Un pouvoir discrétionnaire reconnu de façon constante par la Cour de justice	172
B. Une opportunité visible mais difficilement appréciable	174
II. Une opportunité du déclenchement du recours en manquement affectée par les attentes envers l'Union européenne	175
A. L'opportunité affectée par l'intensification de la traque de la Commission contre l'inapplication du droit	176
B. L'opportunité affectée par l'amplification de la défense de l'Union de droit	178
CHAPITRE II. LES INSUFFISANCES DES MÉCANISMES JURIDICTIONNELS ...	181
LES RÉCENTES RÉFORMES DE LA PROCÉDURE CIVILE, FACTEUR D'INAPPLICATION DU DROIT ?	183
Marcel ALINE	
I. L'inapplication du droit favorisée par les obstacles posés à l'accès au processus de décision en droit	185
A. Le développement de restrictions à l'accès au juge en l'absence de tentative de règlement amiable	185
B. Des restrictions de nature à faire obstacle au traitement des litiges par application du droit	190
II. L'inapplication du droit favorisée par la transformation du processus de décision	191
A. L'office du juge quant au droit en retrait dans le processus de décision	192
B. Vers un unique processus de décision	194
1. <i>Le principe de concentration des moyens, obstacle à l'accès à un second juge de première instance</i>	195

2. <i>Le retour vers un appel voie de réformation, limitée à l'application de règles de droit négligées en première instance</i>	196
LES RECOURS CONTENTIEUX DÉLAISSÉS : L'EXEMPLE DE L'OMC	201
<i>Habib GHÉRARI</i>	
I. La multiplicité des recours en droit de l'OMC	203
A. Le constat.....	204
B. La rationalité.....	205
II. La non-utilisation de la plupart des recours en droit de l'OMC ...	206
1. <i>Les plaintes en situation de violation</i>	207
2. <i>Les plaintes en situation de non-violation</i>	207
3. <i>Les plaintes motivées par une situation autre que la violation ou la non-violation</i>	208
III. Vers une simplification et une rationalisation des recours?	208
L'INAPPLICATION DES DÉCISIONS JURIDICTIONNELLES INTERNATIONALES... AU NOM DU DROIT	217
<i>Emanuel Castellarin</i>	
I. Enquête sur de l'inexécution des décisions juridictionnelles internationales comme phénomène social	220
A. Identifier l'inexécution.....	220
B. Expliquer l'inexécution	223
II. L'inexécution des décisions juridictionnelles internationales résultant de décisions juridictionnelles internes	226
A. Les techniques de limitation des effets des décisions juridictionnelles internationales	226
B. Les motifs juridiques fondant la limitation des effets des décisions juridictionnelles internationales	229
LES PROCÈS FICTIFS, UNE RÉACTION PERTINENTE À L'INAPPLICATION DU DROIT ?	233
<i>Laura CANALI</i>	
I. Des procès fictifs nés pour partie de l'inapplication du droit	235
A. La cause des procès fictifs	235
1. <i>L'absence de juridiction</i>	236
2. <i>Les obstacles à la saisine des juridictions</i>	237

B.	L'objet des procès fictifs	239
1.	<i>L'application du droit existant</i>	240
2.	<i>La contestation du droit existant</i>	241
II.	Les procès fictifs : une réponse limitée à l'inapplication du droit ...	241
A.	Les limites processuelles	241
1.	<i>Le non-respect des règles procédurales</i>	242
2.	<i>Le non-respect des principes directeurs du procès</i>	243
a.	<i>Le manque d'impartialité des juges</i>	243
b.	<i>Le non-respect du principe du contradictoire</i>	244
3.	<i>Le non-respect des règles relatives à la création des juridictions</i> ..	245
B.	Les limites substantielles	246
1.	<i>L'absence de force obligatoire</i>	246
2.	<i>L'absence de réparation</i>	247
III.	Les procès fictifs, jalon d'une future application du droit	250
A.	La diffusion de la connaissance du droit	250
1.	<i>Le rôle des procès fictifs dans la diffusion du droit</i>	250
2.	<i>Le rôle des procès fictifs dans la médiatisation des violations</i>	252
B.	L'évolution du droit	253
1.	<i>L'interprétation du droit existant</i>	253
2.	<i>La création ex-nihilo de règles nouvelles</i>	255
	Conclusion	256
	CONCLUSIONS	257
	<i>Jean-Sylvestre BERGÉ</i>	
	Une double entrée	257
	Une approche en trois temps	258
	Définir l'inapplication du droit	259
	Catégoriser l'inapplication du droit	260
	Expliquer l'inapplication du droit	261
	En guise de conclusion... aux conclusions	264

UMR Droits International, Comparé et Européen (DICE)

Espace René Cassin

3, avenue Robert Schuman

13628 Aix-en-Provence

dice-editions@univ-amu.fr

Composition et mise en page :

Cédric Hamel, Aix-Marseille Université

Conception de la couverture :

Donia Landoulsi, UMR DICE, Aix-Marseille Université

Illustration de la couverture :

© [Shutterstock](#)

3^e trimestre 2020

L'inapplication du droit

Le droit est-il appliqué ? Ainsi formulée, la question est assurément provocante. Certes, nul ne doute de l'existence de comportements contraires aux prescriptions de la règle de droit. Cependant, ces violations ne trouvent-elles pas toujours une réponse assurant *in fine* le triomphe de l'ordre juridique ? L'acte administratif illégal est annulé, le préjudice réparé, bref, l'ordre des choses rétabli : le coupable puni, c'est la victoire du droit tout autant que l'absence de crime.

Pourtant, certains criminels courent toujours et certains actes illégaux échappent à tout recours. De nombreuses règles – éventuellement d'importance fondamentale – demeurent inappliquées. Les raisons de cette inapplication peuvent en être diverses : inaction des autorités, inertie des victimes et des créanciers, inadéquation des procédures, résignation ou force des habitudes, etc. Comment saisir l'incrédulité envers la règle, le labeur de la démarche, la crainte de représailles qui anéantiraient le gain escompté ? Quelle place réserver aux prescriptions non juridiques – qu'elles soient éthiques, religieuses, économiques ou autres – qui s'interposent au quotidien entre la règle de droit et son application ?

L'objet de cet ouvrage, issu d'une journée d'études organisée à la faculté de droit d'Aix-en-Provence le 13 septembre 2017, est de nourrir la réflexion sur cette thématique en rassemblant les contributions d'une quinzaine d'auteurs sur l'origine, l'ampleur et les manifestations du phénomène.



Agrégé des facultés de droit, Romain Le Bœuf est professeur de droit public à l'Université d'Aix-Marseille et directeur adjoint du CERIC.



Agrégé des facultés de droit, Olivier LE BOT est professeur de droit public à l'Université d'Aix-Marseille et membre de l'Institut Louis Favoreu. Il dirige le Master 2 Droit et pratique des contentieux publics.



est une collection d'ouvrages numériques du laboratoire Droits International, Comparé, Européen (UMR DICE 7318, CNRS, Aix-Marseille Université, Université de Toulon, Université de Pau et des pays de l'Adour).

