Par Manuel GROS

Professeur émérite à l'Université de Lille

Doyen honoraire de la faculté Alexis de Tocqueville

Sous l'égide de l'Université de ROMA 3 et de la Cour constitutionnelle italienne s'est déroulé les 28,29 et 30 octobre 2021 un colloque international sur le dialogue des doctrines.

Le juge contre la Hiérarchie des normes ?

Par Manuel GROS

Professeur émérite à l'Université de Lille

Doyen honoraire de la faculté Alexis de Tocqueville

Sous l'égide de l'Université de ROMA 3 et de la Cour constitutionnelle italienne s'est déroulé les 28,29 et 30 octobre 2021 un colloque international sur le dialogue des doctrines.

Manuel GROS y a développé un thème qui lui est cher sur les rapports des juges et de la hiérarchie des normes.

1. Bien qu'instable, le droit occidental depuis la période moderne[1] repose néanmoins sur la fiction de sa propre rigueur, sinon rigidité, exprimée par la célèbre pyramide de Kelsen[2] et l'articulation des normes en une hiérarchie dont le respect est le pilier de la stabilité juridique.

En d'autres termes, en partant de l'exemple français, qu'il s'agisse du droit civil et de ses fictions catégorielles (le bon père de famille, l'autonomie de la volonté, la présomption de bonne foi etc.) ou du droit public et de ses fictions jurisprudentielles (intérêt général, service public, prérogative de puissance publique, clause exorbitante du droit commun etc.), la rigueur hiérarchisée des différentes normes tenait lieu de ciment ou de cadre, dans une logique de droit dur ou à tout le moins rigide.

Hors l'exemple anglo-saxon, surtout britannique, cette hiérarchie nécessaire à la stabilité juridique a souvent procédé de la règle écrite, quelle soit sacralisée dans les constitutions écrites ou simplement formalisée dans les lois.[3]

---

[1] Par pure convention réductrice, l'on considérera le droit moderne comme celui postérieur aux « temps modernes » (post révolution française) et le droit occidental comme le droit de l'Europe communautaire judéo chrétienne, à raison d'une certaine homogénéité des nations européennes pour l'attachement à la règle écrite compensée par un pouvoir prétorien, sans doute issu de l'originelle distinction entre systèmes juridiques platonicien et aristotélicien.

[2] H.KELSEN, 1881-1973, *Théorie pure du Droit*, Bruxelles : *Bruylant* ; Paris: *Librairie générale de droit et de jurisprudence*, 1999. *Théorie générale des normes*, Paris : *Presses universitaires de France*, 1996.

[3] Les systèmes juridiques anglo-saxons, où la localisation septentrionale et la dominante religieuse protestante créent sans doute – en caricaturant nécessairement – des rapports de conformité à la règle, à l'inverse des

Cette origine législative (principe de légalité) sinon même parlementaire, a sans doute été amendée à partir de la seconde moitié du XXème siècle, avec l'apparition de systèmes normatifs nouveaux comme le droit communautaire (1957) ou le droit de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (CEDH 1950). Ce n'est surtout qu'en fin de XXème siècle que les principes environnementaux sont issus des grands débats de société internationaux, de la déclaration générale de Stockholm en 1972 à la conférence de Rio de 1992, c'est-à-dire d'un amalgame entre principes politiques et normes juridiques, propre souvent au débat international, inspiré de la « Soft Law » et qui relève du droit mou, ou flexible ou souple selon les acceptions retenues.

Si tous constatent cette évolution de la nature et de l'origine des règles constitutives de la hiérarchie des normes, l'on occulte souvent le rôle passé essentiel des juges dans la protection de cette hiérarchie des normes, le droit « souple » (celui du juge) servant aussi la cause des règles rigides.

Il nous semble ainsi qu'un autre phénomène nouveau pourrait avoir accompagné l'émergence des ces nouvelles normes extra législatives, celui de l'abandon de son rôle protecteur de la hiérarchie des normes par le juge (constitutionnel, judiciaire ou administratif), remplacé -par simple confort ou par une réelle volonté de s'émanciper de la hiérarchie des normes – par une destruction douce de la sacro-sainte pyramide des normes sur laquelle nous nous reposions.

En quelque sorte, le juge (tous les juges) officieraient-ils désormais contre la hiérarchie des normes ?

L'on émettra la double hypothèse que le juge (au sens générique) dilue depuis maintenant près d'un demi-siècle le rapport intellectuel à la règle (Le juge entre les normes) en attaquant parfois directement le contenu de celle-ci (Le juge contre les normes).

systèmes méridionaux et catholiques, autour de la mer Méditerranée, où la règle, perçue comme pouvant (devant ?) être transgressée, est protégée par une forme écrite, laissant au juge le soin d'en compenser la rigidité.

2. le juge entre les normes.

Le rôle du juge « entre » les normes est à priori d'assurer le respect des normes supérieures par les normes inférieures ce qui constitue l'essence même de la théorie de la hiérarchie des normes .

La deuxième partie du XXème siècle, en France, a vu le juge d'une part relâcher le contenu même du rapport entre les normes (2.1) et même adapter l'application du contrôle en fonction de l'actualité de la norme applicable (2.2).

2.1-Du contrôle de conformité …à un contrôle de compatibilité, voire de simple prise en compte.

Le rapport « normal » entre norme inférieure et norme supérieure est celui du contrôle de conformité, c'est-à-dire du strict respect, par la norme inférieure de la règle supérieure. La conformité, si elle n'est pas l'identité, s'en rapproche ainsi: la conformité informatique par exemple suppose l'utilisation des composants de la même marque (Apple/Apple, IBM/IBM…).

En d'autres termes, en cas de non-conformité stricte à la norme supérieure, dans le cadre de l'acception originelle du rapport entre normes, le juge compétent doit sanctionner la norme qui contredit un tant soit peu sa supérieure.

C'est un contrôle très strict, que par exemple le juge constitutionnel français s'est interdit, au regard de la constitution, d'exercer entre les lois et les traités. Ainsi, dans sa décision du 15 janvier 1975[4] sur la loi relative à l'interruption volontaire de grossesse, le Conseil constitutionnel a jugé que, malgré le principe de la primauté des traités sur les lois posé par l'article 55 de la Constitution, il n'était pas compétent pour examiner la conformité des lois avec les engagements internationaux de la France et notamment la Convention européenne des droits de l'homme. « Il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, lorsqu'il est saisi en application de l'article 61 de la Constitution, d'examiner la *conformité* d'une loi aux stipulations d'un traité ou d'un accord international ».

Le contrôle de conformité, par sa rigueur justifie l'annulation purement et simplement de la règle inférieure non conforme à une norme, et dans l'esprit de la théorie de KELSEN, on peut penser que pour assurer la stabilité de l'ordre juridique, seul un contrôle de conformité convient.

Nécessité faisant loi, selon l'adage, le juge français, dans une sorte de synergie avec les législateurs (internes et européens) s'adapta en créant le contrôle de compatibilité. L'obligation de compatibilité est une obligation négative de simple non-contrariété ; c'est-à-dire qu'une norme est jugée compatible avec une autre dès lors qu'elle n'y contrevient pas. Toujours par analogie informative, la compatibilité entre marques informatiques est fréquente. En droit, ce n'est donc pas une obligation de conformité mais plutôt une obligation de respecter les principes essentiels de la norme dite supérieure.

En d'autre terme, être compatible, c'est ne pas être contraire. C'est naturellement plus souple que d'être conforme.

Les juges français, constitutionnel comme administratifs en ont bien compris la subtilité, confrontés à un groupe de normes nouvelles, extra nationales, dès 1988 : par une décision du 21 octobre 1988[5], le Conseil constitutionnel, à l'occasion d'un recours contre une élection législative de juin 1988 estimait que "les dispositions de la loi du 11 juillet 1986 (...) ne sont pas *incompatibles* avec (...) la Convention européenne des droits de l'homme (...) qu'il appartient par suite au Conseil constitutionnel de faire application de la loi précitée." . Le Conseil d'Etat allait lui aussi - dans le célèbre arrêt "Nicolo"[6], à l'occasion d'un recours en contestation de régularité des opérations électorales, accepter d'examiner les dispositions de la loi 77-729 du 7 juillet 1977, relative à l'élection des représentants à l'Assemblée des communautés européennes, au regard des dispositions de l'article

[4] Décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, recueil p. 19.
[5] CC, 21 octobre 1988, AJDA 88, p. 12.
[6] CE, 20 octobre 1989, Nicolo, R. 190.

227-1 du traité instituant la Communauté économique européenne. Dans un considérant voisin de celui du Conseil constitutionnel en 1988[7], il jugeait que "les règles ci-dessus rappelées définies par la loi du 7 juillet 1977, ne sont pas *incompatibles* avec les stipulations claires (...) du Traité de Rome." Il confirmait ce contrôle a contrario à l'occasion cette fois d'une annulation, dans l'arrêt "Boisdet"[8], dans l'examen du rapport des règles internes au droit communautaire dérivé résultant des règlements communautaires. Il admettait enfin, deux années plus tard, le même raisonnement à l'égard des directives communautaires[9].

On relèvera avec intérêt, dans toutes les jurisprudences précédemment évoquées que seule « l'incompatibilité » avec les dispositions internationales est susceptible d'engendrer la sanction du juge du Palais Royal. On sait pourtant que le Conseil d'Etat a l'habitude d'exercer un contrôle de conformité, bien supérieur à celui de la compatibilité. Aussi, il est raisonnable de penser qu'une disposition de droit interne qui sans être conforme à la disposition internationale ne lui serait pas "manifestement contraire", pourrait échapper à la sanction du juge administratif français. Le strict respect de l'article 55 de la Constitution a pu à l'occasion en souffrir!

La souplesse du contrôle de compatibilité conduisit l'autorité française, devant une difficulté d'imposer un droit parfois « collectif[10]», le droit de l'urbanisme, contre la liberté de propriété notamment , à y recourir. C'est ainsi, que sans développer tant la matière est complexe certains actes ou documents d'urbanisme doivent seulement être compatibles (et non conformes) à d'autres. Ainsi les PLU[11] doivent être compatibles avec les SCOT[12], les schémas de mise en valeur de la mer ; les plans de mobilité et les programmes locaux de l'habitat[13], tandis que les SCOT, eux, devront à compter du 1er avril 2021 être compatibles avec toute une série de documents d'urbanisme[14]

La souplesse demandant de plus en plus d'élasticité, le concept de simple prise en compte a même été ajouté. Ainsi les SCOT devront prendre en compte les objectifs des schémas régionaux d'aménagement, de développement durable et d'égalité des territoires et les programmes d'équipement de l'Etat, des collectivités territoriales et des établissements et services publics.

Certes les liens de prise en compte sont désormais réduits à seulement deux documents, mais cela n'empêche pas le ridicule d'une souplesse juridique qui confine à la liquéfaction. Comment, sauf par pure hypocrisie peut-on sanctionner par l'analyse une simple exigence de prise en compte[15] ?

La théorie du professeur MODUGNO, selon laquelle en substance la hiérarchie importerait peu dès lors que la norme serait prise par une autorité compétente pour la prendre, outre qu'elle « colle » mieux à un système juridique dualiste comme le système italien (où tout système fédéral a fortiori) qu'au système par exemple français où le concept de loi locale est inconcevable, est évidemment séduisante pour éviter la crise de la hiérarchie traditionnelle des normes selon KELSEN. Mais au fond, par un autre raisonnement, elle relève également de l'esquive de la crise.

---

[7]CC, 21 octobre 1988, précité.
[8]CE, 24 septembre 1990, Boisdet, R. 251.
[9]CE, 28 février 1992, S.A Rothmans international France et S.A Philip Morris France, R. 81.
[10] Par opposition aux droits de l'individu.
[11] Plans locaux d'urbanisme, ayant succédé aux POS (plans d'occupation des sols)
[12] Schémas de cohérence territoriale.
[13] l'article L. 131-4 du code de l'urbanisme français.
[14] Cf. Modification de l'article L. 131-1 du code de l'urbanisme : à compter du 1er avril 2021, les nouveaux SCOT devront être compatibles avec par exemple les dispositions particulières au littoral et aux zones de montagne, ; l schéma directeur de la région d'Ile-de-France et les schémas régionaux de Guadeloupe, la Guyane, la Martinique, Mayotte et La Réunion, les chartes des parcs naturels régionaux, sauf avec les orientations et les mesures de la charte qui seraient territorialement contraires au schéma régional d'aménagement, de développement durable et d'égalité des territoires ….

[15] Ce constat a même conduit le Gouvernement français à rationaliser le droit de l'urbanisme (Ordonnance n° 2020-745 du 17 juin 2020 relative « à la *rationalisation* de la hiérarchie des normes applicable aux documents d'urbanisme », en supprimant certains liens et en réduisant le nombre d'autres.

On l'aura compris, l'émergence de règles nouvelles, dérangeant le souverainisme normatif (UE, CEDH) a contraint les juges à diluer la nature de leur contrôle sur le respect de la hiérarchie des normes, alternant entre exigence de strict respect (conformité), balance de non contrariété (compatibilité) et admission de référence (prise en compte).

Un autre ensemble de règles, encore plus récent allait conduire les juges à adapter l'application du contrôle en fonction de l'actualité de la norme applicable.

2.2 L'adaptation du contrôle selon la vetusté de la norme rigide :

L'arrivée récente dans nos systèmes juridiques (après 1972 en tous le cas) et pour la France au niveau constitutionnel en 2004 du droit de l'environnent a posé une question passionnante, sachant qu'en principe il n'existe pas en France de hiérarchie entre les normes de valeur constitutionnelle, le conseil constitutionnel refusant pour l'heure de l'établir. En effet, un certain nombre des grands principes environnementaux de valeur constitutionnelle (par exemple les principes d'intégration, de précaution et de réparation) sont venus en 2004 « bousculer » de vieux droits individuels.

Cette mutation n'est pas sans difficulté, et nous avions heurté en 2004 les partisans d'un droit autonome de l'environnement avec un article sur « l'environnement contre les droits de l'homme[16] ».

Le conflit alors, pour le juge, n'est pas entre règle supérieure et inférieure mais entre normes de même niveau, mais d'époques différentes.

Ainsi la liberté d'expression (incluant le droit d'affichage et le droit au « Tag »), est nécessairement attentatoire au droit de propriété (publique ou privé selon le support utilisé), et tout nouveau droit, toute nouvelle norme a vocation à porter atteinte à une ancienne règle juridique, y compris en simple présence implicite, révélée au grand jour par la naissance de son droit antagoniste.

Au cas particulier, c'est de la confrontation de nouvelles normes constitutionnelles issues de la charte constitutionnelle de l'environnement de 2004[17], et des anciennes normes constitutionnelles, notamment contenues dans les deux autres composants du bloc de constitutionnalité français, savoir la déclaration des droits de l'homme de 1789 et le préambule de la constitution de 1946 ; dont il s'agit.

En effet, la théorie de la conciliation des droits[18], dans l'évident pragmatisme qu'elle révèle, n'enlève pas l'essence même du combat entre Droit et droits ou entre droits et droits. Au cas particulier les deux figures classiques d'opposition possibles entre normes de même valeur, la conciliation et la prévalence, ne sauraient suffire.

En effet, s'agissant de normes de valeur constitutionnelle, c'est-à-dire de normes appartenant toutes au pyramidion de notre hiérarchie des normes, il n'est pas si simple d'utiliser des figures d'opposition classique. Ainsi, la figure de conciliation, très aristotélicienne (A est compatible avec B), est souvent opposée à celle de la prévalence plutôt platonicienne (A élimine B), et en l'absence de possibilité de trancher pour l'une ou l'autre, une position de refus de conflit par le dépassement de ce dernier, très « thomiste »[19] permet d'éviter l'affrontement (A n'est pas dans le même champ que B), mais ces figures utiles pour les normes infra constitutionnelles, à raison de procédures expérimentées, s'appliquent selon nous mal, telles quelles, aux normes de niveau constitutionnel.

De la sorte, la conciliation - qui relève davantage de la fiction - ne peut guère, s'agissant de normes de niveau constitutionnel, souvent exprimées comme « absolues »- être efficiente, la prévalence étant impossible entre normes de même niveau constitutionnel (pas de hiérarchie entre les normes de niveau constitutionnel selon une doctrine quasi unanime), le dépassement n'ayant pas de

[16] M. GROS – *L'environnement contre les droits de l'homme – RD publ.*2004 page 1583.
[17] Même si nombre de principes de cette charte avait été dégagés préalablement par la jurisprudence.
[18] cf. par exemple V. SAINT JAMES, *La conciliation des droits de l'homme et des libertés en droit public français : PUF*, 1995.
[19] Pour Saint Thomas d'Aquin : le célèbre « Mon royaume n'est pas de ce monde… », permettant d'évacuer l'opposition entre religion et pouvoir politique.

sens, s'agissant de normes appartenant toutes au même « bloc de constitutionnalité » (pas de cloisonnement entre les trois textes constitutifs du bloc de constitutionnalité en France).

C'est pourquoi il nous semble que le juge constitutionnel français a adapté une formulation des rapports entre normes anciennes et normes nouvelles un peu différente, dans une logique presque graphique : l'hypothèse du remplacement pur et simple d'une ancienne norme constitutionnelle ayant perdu de sa substance par une autre, celle de l'éclipse de cette vieille norme constitutionnelle démodée par une plus jeune et enfin l'axe d'opposition le plus étrange ; celui de l'ignorance ou de la négation implicite de l'ancienne norme par la nouvelle.

Dans le remplacement, la nouvelle norme se substitue purement et simplement à la vieille règle devenue désuète. Un certain nombre des grands principes environnementaux de valeur constitutionnelle (par exemple les principes d'intégration, de précaution et de réparation) sont venus en 2004 « bousculer » de vieux droits individuels tels que le droit de propriété, la liberté du commerce et de l'industrie ou encore même la liberté d'aller et venir. Pourtant, pour se limiter au droit de propriété, il est protégé par les articles 2 et 17 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et surtout en droit français, c'est un droit théoriquement absolu (« droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue » (C. civ., art. 544). Sans opposition, l'omission de la vieille règle s'opère naturellement et, la nature juridique ayant horreur du vide, les nouvelles normes environnementales ont remplacé la disparition partielle d'assiette des anciennes.

Dans une deuxième hypothèse la nouvelle norme éclipse la vieille règle démodée. Les nouvelles normes constitutionnelles environnementales peuvent également être opposées à d'anciennes normes constitutionnelles, mais qui ne sont plus « à la mode » et l'on peut se demander si les nouveaux principes constitutionnels, sans avoir aucune prévalence, ne seraient pas en train de les éclipser, à l'image des éclipses de lune ou de soleil. C'est le cas des célèbres droits au travail et au progrès. Or le seul principe de développement durable, consacré constitutionnellement par l'article 6 de la charte de l'environnement, comme ceux de décroissance rationnelle, d'économie des ressources, sont nécessairement un frein au plein emploi. Il en va de même du droit au progrès, présent implicitement dans le préambule de 1946 et expressément dans la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de 1948 qui le proclame en son préambule comme à l'article 25. Or en société de consommation, le droit au progrès c'est le droit de consommer le progrès technologique et il est antithétique des principes environnementaux, et notamment du développement durable visé à l'article 6 de la charte constitutionnelle. Dans ces conditions, le droit constitutionnel de l'environnement, loin de s'opposer au droit à l'emploi comme au droit au progrès, se contente de les éclipser tout simplement, se substituant partiellement à eux sans pour autant les détruire. Il n'y a pas prévalence, mais superposition, et superposition temporaire, si l'éclipse se termine. Les avantages de cette figure d'agencement de l'éclipse sont son caractère relatif (l'éclipse peut-être partielle ou totale), son caractère temporaire (l'éclipse peut cesser), son caractère non destructeur (la norme éclipsée n'est pas tombée en désuétude et ne disparaît pas), son caractère réversible (la catégorie de normes éclipsant les autres peut devenir démodée et être elles-mêmes éclipsées par les anciennes normes revenues au goût du jour).

Enfin, et peut-être plus gravement, la nouvelle norme ignore parfois les vieilles règles qu'elle bafoue. Ainsi un troisième mode de résolution - par omission- des conflits est peut-être aussi l'ignorance pure et simple de la vieille norme par la nouvelle. Le juge constitutionnel regarde alors « ailleurs » et ne voit pas l'ancienne norme contradictoire. En effet, s'il ne saurait être contesté que les principes environnementaux portent atteinte à certains droits de l'homme fondamentaux (propriété, liberté d'aller et venir, du commerce et d l'industrie, travail, progrès), comment est –il alors possible que dans un monde occidental qualifié souvent de « droit de l'hommiste » - au sens Térencien (« *summum jus summa injuria* »[20])- ces atteintes ne soient pas relevées et violemment critiquées ? Pourquoi des voix ne s'élèvent-elles pas au nom de la propriété, du progrès, du droit au travail ?

Là encore, des analogies avec la théorie de la « compétence » (professeur MODUGNO) en lieu et place de la hiérarchie, pourrait être faite avec ces techniques du juge constitutionnel français d'éclipse temporaire, voire de dénis des anciennes règles constitutionnelles.

[20] in L'*Heautontimorroumenos*. TERENCE (-184 - -159).

Une hypothèse pourrait être de se demander si ce paradoxe ne viendrait pas du simple fait que les principes environnementaux aujourd'hui de valeur constitutionnelle incontestable, porteraient aussi atteinte aux plus fondamentaux des droits de l'homme, la liberté de penser et d'exprimer ses pensées ? L'idée serait qu'il existe une pensée unique environnementale, une sorte « d'environnementalement – environnement mental (?)- correct ». Et de fait, a-t-on aujourd'hui le droit de remettre en cause le principe de précaution ? Peut-on critiquer le « développement durable » au profit d'un développement « immédiat » ? A-t-on le droit de remettre en cause en Europe le principe de la valorisation seulement énergétique[21] ? Mais est-il concevable aujourd'hui de poser à quelque juridiction que ce soit, y compris le conseil constitutionnel, l'obligation d'un arbitrage entre courants de pensée sociétaux actuels (les préoccupations d'environnement) et les fondements mêmes de notre société juridique (les droits de l'individu !) ? Dans ces conditions, feindre de ne pas voir, c'est-à-dire complètement ignorer les anciens droits plus ou moins mis à mal par l'application des nouvelles normes constitue une solution à tout le moins compatible avec la stabilité de notre société. Le fait de ne pas voir, ou de feindre de ne pas voir, comme le célèbre héros du livre de science-fiction « *Martiens go home* » est sans doute le moyen le plus efficace d'assurer une prévalence de fait[22].

Indiscutablement, dans les rapports entre normes organisées pourtant en une hiérarchie, les juges ont du mettre un peu de désordre, afin sans doute d'éviter le blocage[23].

3. le juge contre les normes.

Depuis sa deuxième naissance, liée à sa prise d'autonomie[24], le Conseil d'Etat français joue de son pouvoir d'interprétation de la loi. Quelques exemples célèbres suffiraient à le rappeler, notamment dans son atténuation de la codification par interprétation.

---

[21] Pragmatiquement un candidat aux grands concours pourrait-il développer des thèses « déviationnistes » en matière environnementale ? Quel candidat à une élection serait assez fou pour ne pas être pour l'environnement voire l'écologie ? Quel fonctionnaire, en termes de carrière administrative – à l'exception des enseignants-chercheurs ou au moins du corps des Professeurs – se sent assez libre aujourd'hui – pour ne pas aller dans le sens des grands principes ?

[22] Dans « *martiens go Home* », de FREDERIC BROWN (1955 *Gallimard*), le héros, Luke Devereaux, est le seul à ne pas voir les martiens qui ont envahi le monde ; il les ignore à leur grand agacement et au bout du compte les martiens… disparaîtront, puisque n'existant plus dans la pensée de ce héros, ils n'existeront plus réellement.

[23] Pour aller plus loin, Voir MANUEL GROS et Thomas DELANSLAY,« *Conflit entre normes constitutionnelles classiques et normes constitutionnelles environnementales :conciliation, prévalence, ignorance* ? », in *Les Conflits de normes*, ouvrage dirigé par F.PERALDI-LENEUF et S.SCHILLER – Université de Lille 2 – 2012, page 335 et suivantes.

[24] Le 13 décembre 1889, le Conseil d'État rendait l'arrêt « Cadot » par lequel il abandonnait la théorie du ministre-juge, prenant ainsi son autonomie juridictionnelle.

Ainsi par exemple de la loi du 10 juillet 1976, relative à la protection de la nature [25] dans la fixation jurisprudentielle du contenu réel de l'étude d'impact, ou encore des conséquences de l'intervention préalable, dans certaines hypothèses, du ministre chargé de l'Environnement[26], dans le sens d'une privation totale d'effet, dénaturant l'esprit du texte.

Le même constat pourrait être fait à propos de la loi du 12 juillet 1983, sur la démocratisation des enquêtes publiques, de la loi du 3 janvier 1986 en matière de protection du littoral[27] attendue depuis plus de vingt ans ou encore de la loi du 31 décembre 1987[28] portant réforme du contentieux et par l'entrée en vigueur le 1er janvier 2001 du Code de justice administrative[29].

Mais en cette fin de la grande période du Conseil d'Etat français, le juge allait rarement directement contre la loi (au sens du texte écrit).

Un phénomène nouveau allait apparaître au début du XXIème siècle, par ce que l'on pourrait appeler – par provocation et rappel d'un des moyens du recours pour excès de pouvoir- une violation de la loi par la Haute Assemblé française.

Car il est vrai que les jurisprudence que nous allons évoquer constituent une sorte de viol des principes à l'origine du recours pour excès de pouvoir dégagés par Laferrière[30], dans sa conception de l'illégalité « guillotine » et rétroactive, alors que l'objet même de ce recours pour excès de pouvoir en France est de protéger la hiérarchie des normes.

3.1Le juge contre l'esprit du principe de légalité :

Nous évoquerons, faute de pouvoir les développer, trois arrêts, parfois célèbres, parfois non, en ce sens.

Le premier, relevé par les seuls connaisseurs, relève de l'annulation conditionnelle, dans le fait de donner à l'administration le temps de régulariser une illégalité seulement formelle. C'est le sens de l'arrêt « Titran » du Conseil d'Etat[31] où la Haute Assemblée, constatant une illégalité grave (« l'absence, dans l'acte réglementaire de création d'un traitement d'informations nominatives, des mesures propres à assurer le respect des conditions ou réserves figurant dans l'avis préalable de la Commission entache cet acte, dans son ensemble, d'illégalité ») donne deux mois au Garde des sceaux pour régulariser (« il y a lieu de décider que le garde des sceaux disposera d'un délai de deux mois à compter de la notification de la présente décision pour, selon son choix, compléter les arrêtés contestés en prévoyant, conformément à l'avis de la CNIL, le délai maximal de conservation des données… ») à raison de l'intérêt général (« Toutefois, le traitement automatisé autorisé par les deux arrêtés en cause est nécessaire au bon fonctionnement du service public de la justice »). Cette jurisprudence qui fait perdre de son efficience au recours pour excès de pouvoir est aujourd'hui fréquente, notamment en matière de grosses opérations urbanistiques Etonnant alors que le principe de l'annulation est de faire disparaître un acte illégal.

Le deuxième, tout aussi peu remarqué, très pédagogique à l'égard de l'administration a été dénommé technique de « l'annulation en tant que », révélée par l'arrêt « Vassilikiotis [32]», et dans lequel l'assemblée du Conseil d'Etat intègre dan son dispositif d'annulation des conseils à suivre pour éviter toute conséquence à l'annulation :

---

[25]Loi 76-629 du 10 juillet 1976 (J.O. 13 juillet 1976. 4203).
[26]Cf. CE, 5 février 1982, Association de la qualité de la vie du Val de Loire, précité.
[27]Loi 86-2 du 3 janvier 1986, relative à l'aménagement, la protection et la mise en valeur du littoral, dont un certain nombre de dispositions ont été intégrées à divers codes, notamment le code de l'urbanisme.
[28]Loi 87-1127 du 31 décembre 1987 (J.O 1er janvier 1988, p. 7).
[29]Code résultant de l'ordonnance 2000-387 du 4 mai 2000.
[30] *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2 vol., *Berger-Levrault*, 1887-1888 (2e éd. 1896 ; réimpression LGDJ 1989).
[31] *CE, ,* TITRAN, *27 juill. 2001, n° 225509*.
[32] CE, ass., 29 juin 2001, n° 213229*, Vassilikiotis*

« DECIDE : Article 1er : L'arrêté du 15 avril 1999 du ministre de l'intérieur, du ministre de la culture et de la communication et du secrétaire d'Etat au tourisme est annulé en tant qu'il ne prévoit pas les conditions d'attribution de la carte professionnelle des personnels qualifiés pour conduire des visites dans les musées et monuments historiques aux personnes titulaires de diplômes d'autres Etats membres de l'Union européenne. Cette annulation comporte pour l'Etat, les obligations énoncées aux motifs de la présente décision. »

Etonnant retour au rôle de « conseil du gouvernement » du Conseil d'Etat alors que celui-ci l'avait abandonné depuis longtemps quand il siège en sa section du contentieux.

Le troisième arrêt, très célèbre, a justifié beaucoup de glose en 2011, est l'arrêt « DANTHONY »[33], En effet, cette jurisprudence a au moins deux apports, l'un dans la recherche, pour justifier l'annulation de ce que le vice de forme ou de procédure « a été susceptible d'exercer, en l'espèce, une influence sur le sens de la décision prise ou qu'il a privé les intéressés d'une garantie (…) [34]», l'autre dans la modulation des effets dans le temps de l'annulation [35]. Les deux apports constituent une sorte de violation des principes des effets du recours pour excès de pouvoir et donc du principe de légalité. Le premier parce qu'il institue une hiérarchie entre illégalité externe et interne, permettant au juge de ne pas sanctionner un simple viol de la légalité externe, admettant ainsi des "petits" viols de la légalité, non sanctionnés par l'annulation, car de pure forme. En admettant un parallèle avec le viol pénalement sanctionné, on imagine les réactions doctrinales qu'une telle approche par la chambre criminelle de la Cour de cassation aurait suscité ! Le second apport, moins relevé, confirme la célèbre décision « Association AC[36]» qui mit un terme à la rétroactivité automatique de l'annulation de l'acte administratif. En effet, le Conseil y évoque que si la rétroactivité de l'acte administratif emporte des conséquences trop excessives, le juge administratif peut déroger à ce principe. On a parlé d'annulation « platonique » !

Dans une approche critique, on pourrait en effet dire que l'administration gagne avec ces jurisprudences sur les deux tableaux : elle n'est pas soumise à l'annulation systématique de ses irrégularités de forme ou de procédure (Danthony, Titran), et en cas d'annulation celle-ci n'est que partielle (Vassilikiotis) voire « platonique » (Association AC, Danthony).

Nous retiendrons surtout un juge préférant l'équité (au sens de la norme dégagée par le juge) au strict respect de la règle selon laquelle toute violation du principe de légalité entraîne annulation de l'acte. Mais est-ce conforme à sa mission de protection de la hiérarchie des normes ?

Parfois, le juge suprême va jusqu'à une véritable violation directe de la loi.

3.2-Le juge, en violation directe du texte écrit :

Un célèbre arrêt relativement récent[37] vient de démontrer une violation directe et délibérée de règles écrites de force législative en la matière essentielle de délai de recours.

Au titre de l'article R 421-5 du code de Justice administrative lui-même « Les délais de recours contre une décision administrative ne sont opposables qu'à la condition d'avoir été mentionnés, ainsi que les voies de recours, dans la notification de la décision. »

Cette règle, issue d'une longue évolution législative et réglementaire constituait pour tous un élément essentiel de la protection du droit au recours des justiciables de l'Administration.

Le Conseil d'Etat rappelle d'abord la règle, en des termes extrêmement clairs.

---

[33] CE, 23 décembre 2011, Danthony, n°335033.
[34] CE, 23 décembre 2011, Danthony, précité.
[35]« *il y a lieu de prévoir que l'annulation prononcée par la présente décision ne prendra effet qu'à compter du 30 juin 2012 et que, sous réserve des actions contentieuses engagées à la date de la présente décision contre les actes pris sur son fondement, les effets produits par les dispositions du décret attaqué antérieurement à son annulation seront regardés comme définitifs* » (ibidem)
[36] *CE, ass., 11 mai 2004,*Association AC *Agir contre le chômage.*
[37] CE, Assemblée, 13 juillet 2016, *Czabaj*, n°387763.

« 4. Considérant qu'aux termes de l'article R. 102 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, alors en vigueur, repris au premier alinéa de l'article R. 421-1 du code de justice administrative : " Sauf en matière de travaux publics, la juridiction ne peut être saisie que par voie de recours formé contre une décision, et ce, dans les deux mois à partir de la notification ou de la publication de la décision attaquée. " ; qu'il résulte des dispositions citées au point 1 que lorsque la notification ne comporte pas les mentions requises, ce délai n'est pas opposable »

Mais il s'empresse de la violer en créant – hors texte – la notion de délai « raisonnable », qu'il fixe à un an

« 5. Considérant toutefois que le principe de sécurité juridique, qui implique que ne puissent être remises en cause sans condition de délai des situations consolidées par l'effet du temps, fait obstacle à ce que puisse être contestée indéfiniment une décision administrative individuelle qui a été notifiée à son destinataire, ou dont il est établi, à défaut d'une telle notification, que celui-ci a eu connaissance ; qu'en une telle hypothèse, si le non-respect de l'obligation d'informer l'intéressé sur les voies et les délais de recours, ou l'absence de preuve qu'une telle information a bien été fournie, ne permet pas que lui soient opposés les délais de recours fixés par le code de justice administrative, le destinataire de la décision ne peut exercer de recours juridictionnel au-delà d'un délai raisonnable ; qu'en règle générale et sauf circonstances particulières dont se prévaudrait le requérant, ce délai ne saurait, sous réserve de l'exercice de recours administratifs pour lesquels les textes prévoient des délais particuliers, excéder un an à compter de la date à laquelle une décision expresse lui a été notifiée ou de la date à laquelle il est établi qu'il en a eu connaissance ».

Il en donne immédiatement le motif, celui de la sécurité juridique (de l'Administration ?) :

« 6. Considérant que la règle énoncée ci-dessus, qui a pour seul objet de borner dans le temps les conséquences de la sanction attachée au défaut de mention des voies et délais de recours, ne porte pas atteinte à la substance du droit au recours, mais tend seulement à éviter que son exercice, au-delà d'un délai raisonnable, ne mette en péril la stabilité des situations juridiques et la bonne administration de la justice, en exposant les défendeurs potentiels à des recours excessivement tardifs ; qu'il appartient dès lors au juge administratif d'en faire application au litige dont il est saisi, quelle que soit la date des faits qui lui ont donné naissance ; »

Cette jurisprudence a proliféré et a été étendue quantitativement (à d'autres contentieux que celui de l'excès de pouvoir) et qualitativement (admise par ordonnance « de tri »[38], sans contradictoire ni audience, comme moyen relevé d'office[39], sans même désormais que l'intéressé puisse invoquer en régularisation des « circonstances particulières »[40]).

Cette jurisprudence, directement contraire au code des relations entre le public et l'Administration (article L 112-1[41]) comme même du Code de justice administrative (article R 421-5[42], est peut –être inconventionnelle (droit au recours effectif et droit au procès équitable des articles 6&1 et 13 de la CEDH) mais elle est !

Certes , on a souvent tendance à surestimer certains arrêts célèbres et isolés, alors que toute jurisprudence est nécessairement sédimentaire et suppose un certain nombre de grains de sable pour constituer un tas comme l'enseignait André de Laubadère en s'inspirant de la Genèse, dans la Bible, mais l'on avouera que relâchant la tension de son contrôle (de la conformité à la compatibilité, voire la prise en compte), ayant revisité le rapport de prévalence des normes supérieures et allant parfois indirectement par l'esprit ou directement contre elle, le juge a terriblement fragilisé le vaisseau amiral du droit que constitue la hiérarchie des normes.

---

[38] Ordonnance de tri au titre de l'article R. 222-1 (s'agissant des TA et CAA) et R. 122-12 (s'agissant du Conseil d'Etat) , dans l'arrêt CE, 10 février 2020, M. C… c/ Ministre de l'économie et des finances, n°429343
[39] Ibidem.
[40] Ibidem.
[41] Issu de l'ordonnance du 20015-1341 du 23 octobre 2015, et qui dispose que « Les délais de recours ne sont pas opposables à l'auteur d'une demande lorsque l'accusé de réception ne lui a pas été transmis ou ne comporte pas les indications prévues par le décret mentionné à l'article L. 112-11. Le défaut de délivrance d'un accusé de réception n'emporte pas l'inopposabilité des délais de recours à l'encontre de l'auteur de la demande lorsqu'une décision expresse lui a été régulièrement notifiée avant l'expiration du délai au terme duquel est susceptible de naître une décision implicite. »
[42] « Les délais de recours contre une décision administrative ne sont opposables qu'à la condition d'avoir été mentionnés, ainsi que les voies de recours, dans la notification de la décision. »

Pourquoi le juge judiciaire, administratif et constitutionnel français a-t-il modifié son office ?

Une première explication, qui ne nous satisfait pas, pourrait être la recherche d'une forme d'autonomie à l'égard du législateur et du pouvoir réglementaire, mais si elle peut expliquer certaines résistances juridictionnelles- aujourd'hui dépassées- à l'égard de normes nouvelles (droit de l'UE, droit de la CEDH, droit de l'environnement), elle ne justifie pas cette attitude généralisée depuis 50 ans.

Nous pensons en réalité que face à une crise réelle de la hiérarchie traditionnelle, rigide et stricte (principe de conformité, effets brutaux de l'annulation rétroactive …), le juge français (et européen sans doute) a sans doute, plutôt que de participer a son effondrement, préféré contourner les difficultés. De fait, en appliquant la théorie de l'apparence, la hiérarchie des normes à surmonter sa crise.

Ce n'est pas sans risque, car comme dit le proverbe italien « *A nave rotta, ogni vento è contrario* » (« A navire rompu, tous les vents sont contraires ».)

Publié le 23 décembre 2021

URL de la source (modifié le 23/12/2021 - 09:33): http://www.cabinet-gros-hicter.fr/fr/actualites/le-juge-contre-la-hierarchie-des-normes